Ex Codicibus Joÿ Baptæ Lanellii

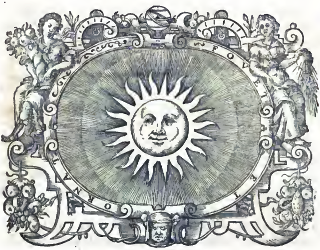
OPERA
FRANCISCI
SARMIENTO.

INTERPRETATIONVM SELECTARVM LIBRI OCTO.

DE ECCLESIASTICIS REDDITIBVS LIBER VNVS,

Atque eiusdem aduersus nonnullas impugnationes Defensio.

AVTHORE
D. FRANCISCO SARMIENTO, EPISCOPO
Astoricensi, S. Palatij Apostolici, & Cancellariæ
Vallisoletanæ Auditore.



ANTVERPIÆ,
Apud Ioannem Keerbergium,
ANNO M. DC. XVI.

S. DOMINO N.
PIO V.
PONTIFICI MAXIMO,

FRANCISCVS SARMIENTVS

PERPETVAM FOELICITATEM.

QVI reipublicæ munia obeunt, non solum commissæ sibi prouinciæ, verum etiam otij, quod à publicis actionibus conceditur, reddendam esse rationem debent existimare. Id mihi semper Pater Sanctissime summo iure obseruandum duxi, vt qui ab ineunte ætate in Iuris prudentia perdiscenda, & interpretanda perpetuo cursu elaborauerim, ab his studiis ad iudicandum auocatus huic rei solum me addixerim, ad hunc scopum omnes meas actiones direxerim, & vtilitatis meæ, priuatiue commodi omni prorsus ratione neglecta, nihil aliud duxerim cogitandum. Mea sic habet ratio, quàm difficilis ea sit, quantisq; laboribus constet, non sum nescius. Sæpissimè experimento didici, quàm inuidiæ, quàm calumniæ sit exposita, quàm fauore sit destituta. Quotus enim quisque est, qui nudæ iustitiæ ministrum, puræ & incorruptæ, nullus fucis aut lenociniis ornatæ, qualem eam Chrysippus depingit, foueat, & amplectatur? Accedit, quod, qui ita animum instituit suum, non solum vt intermittat, sed vt omittat officia, quæ sibi deberi superiores iure existimant, necesse habet, non literis absentes, non verbis & obsequiis præsentes retinet, aut deuincit, adulari nescius se ipsius iustitiæ alumnum semper præbet & profitetur, hac ipsa via insistens, aut ingrediens an alio sponte sua ducat, vbi labor futurus non sit ingratus, an potius sine vllo exitu intermoriatur, non curat, aut meditatur, nec sane id quidem insipienter: oportet enim, vt diuinè inquit Plinius, priuatis vtilitatibus publicas, mortalibus æternas anteferre. Quæ enim possunt esse huius sæculi commoditates, aut fluxarum rerum euentus, de quibus valde debeamus esse soliciti? cum vita non male acta fælix, perpetua, & immortalis succedit: in hac autem breui, leui, & caduca nihil potest esse tanti, quod animi con-

stantiam, perpetuumq́; tenorem debeat labefactare, aut à recto instituto vel transuersum vnguem deflectere, aut dimouere, maxime te Pater Sanctissime Petri nauiculam gubernante: cuius pietas, constans iustitia & perpetua voluntas, eius alumnos maximis fauoribus semper amplectitur: quod ego re ipsa expertus, non ingrati animi testimonium, munusculum aliquod otij mei, & feriarum annuum pensum, quod communem vtilitatem iuuare possit, soluere non desinam, donec negotiorum tanta mole aliquando, vt propediem spero, liberatus maiora praestare possim. faxit Deus, vt quod ego pro officio meo, & maximis in me collatis beneficiis, nec satis precibus praestare valeo, votis meis, & reipublicae Christianae annuat ipse, teq́; Pater Sanctissime diu seruet incolumem, cuius sanctissimo exemplo, & virtute, non pauca, & quae callum obduxere mala, Dei misericordia, curanda non immerito sperare debemus, cum & Catholicus Philippus maximus Hispaniarum Rex nihil aliud cogitet, meditetur, & optet, quàm quod publicae rei Sanctitas vestra existimauerit conuenire.

LECTORI

LECTORI BENEVOLO AVTHOR.

SVccisiva quædam tempora incurrunt, inquit Cicero, quæ ego perire non patior, vt si qui dies ad rusticandum dati sunt, ad eorum numerum accommodentur, quæ scribimus. Id mihi vsu euenit, lector optime, vt quæ feriarum tempore, quod relaxandi animi causa conceditur, mihi ipsi soleo commentari, perire non patiar, sed potius vt edam vtilitas me cogit publica: deterrebar sanè ab hoc munere cùm ipsius rei difficultate, tum me mea impediebat ratio, quod plus studij, & diligentiæ ei rei adhibendum foret, quam angustia temporis, & iniquitas concedere videretur. Accedebat quod non vulgarium rerum esset adhibenda tractatio, sed earum, quæ difficultatem maximam habent cum vtilitate coniunctam, & quæ vulgo non solent esse in pretio apud eos maxime, qui Iurisprudentiæ adeò præcoces, & intempestiuos fructus desiderant, vt metere velint antequam sementem faciant, quibus cum minori labore, seu potius nullo esset factum satis: quis enim ex tanta librorum Iuris nostri farragine non possit excerpere, vel expilare quantum iustum, seu potius iniustum conficiat librum? Sed ea res ab ingenio prorsus dissidet meo, cui nil antiquius vnquam fuit, quam id quod discerem, ex ipsis fontibus haurire, neque diuerticulis, & compendiarijs quibusdam, vt falso putant, vijs popularem, & vanam Iuris ostentationem potius, quam Ius ipsum aucupari: sed in re tam difficili consilium non defuit, vt rerum varietate eluderetur labor, dispersusque minueretur, & ita ex varijs diuersisque argumentis difficillima quæque selegi, & quæ non vulgarem disquisitionem exigerent, quibus studiosi ad antiquorum doctorum interpretandi rationem, textuumque speculationem à repertorijs, quibus cum magno iuris detrimento conquiescunt, possint reuocari, vt virtute, sicut par est, & non numero expendantur sententiæ. Habes amice Lector, instituti nostri rationem, quam tibi non improbandam spero, cum & eos doctores irrideat Plato 6. de Republ. qui nihil aliud docendum putant, quàm multorum sententias, in quibus consentiunt, atque hanc sapientiam vocant. Vale.

APPRO-

APPROBATIO CENSORIS ORDINARII.

R*Ecensui* Libros Selectarum Interpretationum *vtriusque Iuris, ac librum* de Ecclesiasticis Redditibus, *eiusq; aduersus eximium Doctorem* Martinum Nauarrum *iustam* defensionem, *quorum omnium Author est V. C.* Franciscus Sarmiento, *eruditione, longoq; rerum vsu non vno munere comparato excellens. eosq; reperi pluribus nominibus commendabiles: vt in quibus leges difficillimæ enodantur, selectiora argumenta illustrantur, atque incorruptus iustitiæ minister instruitur & perficitur. quidquid etiam circa redditus Ecclesiasticos dicendum, probandum, improbandúmue, examinatur. Quocirca non exiguo Reipubl. commodo, prælo iteratò committendos iudicaui, Antuerp. in Semin. episcopali die* XII. *Martij,* M. DC. XVI.

LAVRENTIVS BEYERLINCK,
Archipresbyter, & Canonicus Eccl. Cathedral.
ac Censor librorum Antuerpiæ.

SELECTARVM INTERPRETATIONVM

LIBER PRIMVS.

SERIES CAPITVM LIBRI PRIMI.

CAP. I.

Vtrum conuictus ex præsumptionibus pœna ordinaria criminis sit plectendus, & de intellectu cap. Afferte mihi gladium. extrauag. de præsumptionibus.

SVMMARIVM.

1. *Ad quæstionem non est deueniendum vbi aliàs de facti veritate constare potest.*
2. *Protestatio iudicis nihil efficere potest, vt quæstio repetatur.*
3. *Cum inter factum vel non factum non detur medium, non potest pœna media constitui.*
4. *Quando sint temperandæ pœnæ.*
5. *. robationis modus factum non mutat.*
6. *Diuidere per medium est rusticorum.*
7. *Intellectus cap. Inter solicitudines. de purgatione canonica, & infra sub num 10.*
8. *Intellectus cap. Afferte mihi gladium. de præsumption.*
9. *Distinctio doctorum inter præsumptiones iuris, & præsumptiones hominis reprobatur.*
10. *Potest esse præsumptio delicti, quæ per se etiam sit delictum.*
11. *Confitens se occidisse, ad suam necessariam defensionem, an possit extraordinaria, vel ordinaria pœna puniri.*
12. *Reprobatur opinio Socini.*
13. *In crimine hæresis quoad abiurationem est aliquid speciale.*

QVÆSTIO celebris est apud criminalium causarum iudices, quæ omnibus ferè negotiis se offert: Vtrum ex indubitatis argumentis, indicijs, vel præsumptioni-
1.Opinio. bus possit quis condemnati. Sunt enim qui contendant, nunquam ex indiciis etiam indubitatis, vel præsumptionibus violentis posse quenquam condemnare, sed ad quæstionem
2.Opinio. deueniendum esse: alii veto è contrario volunt posse ex violentis presumptionibus reum con-
3.Opinio. demnari. Tertia verò media est opinio, quòd vbi probatio non est vera, sed præsumptiua, reus arbitrio iudicis puniatut, non autem pœna ordinaria sit imponenda, etiamsi maximæ reum præsumptiones vrgeant, & conuincant. Harum opinionum non desunt anctores, etiam ex antiquioribus, non leuis auctoritatis, vt recentiores latissimè cumulant, vt *Felin. in cap. Afferte. extrau. de præsumptio. Hippol. rub. C. de probat. nu. 230. & in l. Repeti num. 20. de quæst. & Boer. decis. 164. num. 1. cum sequen.* vbi allegat omnes ferè doctores, qui tenent prædictas opiniones, quinimò allegat aliquos doctores, qui nihil de hac re dicunt. *Tiraquel.* congerit diligentissimè, vt soler, *in suo tract. de pœnis leg. temperan. causa 27.* vbi allegat ferè omnes, qui tenent hanc vltimam sententiam, vt temperanda sit pœna vbicumque ex præsumptionibus quis est condemnandus. Sed quia hæc opinio semper mihi suspecta visa est, atque legibus, & rationibus, & sensui communi repugnans, ideo breuissimè sententiam nostram constituemus.

Et in primis ne iudices nunc ad quæstioné, nunc ad extraotdinariam pœnam existiment arbitrio suo posse deuenire, hoc certissimum est, ad quæstionem numquam esse deueniendum, vbi de veritate facti potest iudex sine quæstione reddi certus, vt in *l. Diuus, ff. de quæstio. & in l. Quoties, C. eod. titul.* 1 Ideò animaduertere iudex debet ne legum ordinationem subuertat: si enim ad quæstionem procedat, iam constituere videtur probationem non sufficete ad condemnationem, alioquin iute non poterat ad quæstionem peruenire, ideoque si reus in tormentis neget, illa probatione ad condemnationem vti non poterit, nec vllæ protestationes hoc ius mutare poterunt, quis enim vnquam dixit, quòd protestatio iudicis ius certum mutare possit? protestatio enim in his operari potest, quæ in voluntate nostra cósistunt, vel quando iniustè ab aliquo quis im- 2 peditur, vel vt ius, quod nobis competit conseruetur, non autem aliàs ius certum protestatio mutare potest, nec ius nobis conferre, vel alteri ius auferre: vt in *leg. Alimenta. C. de negotiis gestis. & l. 2. & per totum, C. debitor. vend. pign. imped. non poss.* text. in *leg. Si maior annis, C. de rescind. vend. Bartol. in l. Non solum, in §. morte, numer. 31. & 32. de nou. oper. nunciat. ff.* Ideò neque repeti quæstio poterit, nisi indicia noua superueniant, secundùm veram, & communem opinionem, vt patet ex recentioribus in *l. repeti. ff. de quæstio.* Nec considerandum est quid iudices facere soleant, sed quid ius nostrum & natura ipsa requirat: videamus ergo in quæst. nostra quid ius & natura requirat in punitione delictorum, & in eorum pœnis temperandis, aut moderandis.

Vi. Couarrub. in qq. pract. c. 23. num. 5.

Natura autem hoc certum est, Titium qui reus mortis postulatur, quòd Sempronium 3 occidisse dicatur, aut occidisse, vel non occidisse, nec in hoc negotio tertium constitui potest. Ergo aut absoluendus est omnino, aut condemnandus. Si enim pœna media constituatur, quia ex præsumptionibus reus damnandus sit, & occidisse, & non occidisse iudex iudicasse videbitur. Quod repugnare certum est. Ergo opinio Doctorum quod ex vrgentibus præsumptionibus media pœna minor ordinaria sit imponenda, vera esse non potest.

Absurdum quod sequitur ex doctorum sententia.

Numquid enim in parricidio etiam versabitur hoc arbitrium, vt minor pœna mortis imponatur, quod isto, vel illo modo probetur parricidium? De quo *Plato* inquit: Si possibile esset sæpius aliquem mori, iustissimum esset sæpius parricidam interfici.] Et Solon, (quòd neminem commissurum tam graue scelus

9. De legibus.

ſcelus exiſtimaſſet,) nihil de ea re conſtituit, vt *Cicero pro Roſcio Amerino* refert.

Sed antiquiſſimum eſt hoc crimen ſi leges noſtræ obſeruentur, quibus filij & fratris occiſio ad legem de parricidiis pertinet, vt in
Plato ibid. *l.1.ff.ad leg. Pomp. de parricid. & Platonis*, qui in fratrum & filiorum occiſores eodem animaduertit ſupplicio, & ita vetus eſt hæc audacia, &
Gene.4. ante Solonem commiſſa: Cùm primus omnium hominum qui ex ſemine ſunt procreati, piſſimum fratrem occiderit. ita vt peccati primi parentes acerbiſſimos fructus breui colligerent, & omnium hominum primogenitus æternis deſtinaretur ſuppliciis. Sed melius Solon hæc crimina diſcernit, & leges noſtræ poſteriores, vt in *l.vni. C.de his qui paren.vel liber.occider. & §.alia deinde lex, inſtitut. de public. iudic.* propius accedunt veritati, quæ filiorum occiſores, vel eorum qui parentum nomine continentur, quadam mortis ſolemni, & peculiari pœna caſtigant, licet re ipſa parentum homicidium longè horribilius ſit, nec pro defenſione quidem ſua parentem occidere liceat, vt
Abſurdum ex doctorum opinione. *Plato* exiſtimat. Certè mali exempli res eſſet, ſi pro grauiſſimis delictis, videret populus leuiorem pœnam imponi, ideò veriùs eſt pœnam non eſſe diuidendam.

Quòd etiam apparet, quia factum ipſum indiuiduum eſt, cum omnia facta ſint indiuidua, vt eſt vulgare, quo ergo pacto pœna illi facto applicanda diuidetur? & hæc opinio, quod hæc pœnæ diuiſio fieri non poſſit, ex probationis qualitate, quæ certè veriſſima eſt, & reipublicæ neceſſaria (nihil enim adeò pernitioſum eſſe reipublicæ conſtat, quàm vt iudices omnia, etiam quæ conſtituta ſunt, & certa, arbitraria efficiant) probatur per text expreſſum in *l.1. in §.1. verſicul. calumniatus, ff. ad Senatuſconſul. Turpi.* vbi ita Marcellus inquit, Nam vt Papinianus reſpondit, facti quidem quæſtio in arbitrio iudicantis eſt, pœnæ vero perſecutio, non eius voluntati mandatur, ſed legis auctoritate reſeruatur.] text. in *cap. ſi quem in §. notandum, verſicul. ſi vero 2. quæſt. 3.* facit text. in *l.eum quem temere in §.iudicibus, ff. de iudic.* text. notan. in *l.vim paſſam, ff. de adulter.* facit text. in *leg. aliud in § inter multam. de verbor. ſignific.* notat *Bart. in quæſtio. ſuis q.1. numer.12. & in l. Et ſi ſeuerior, C.ex quibus cauſ. infam. irro. & in l.iudex. poſtea quam in fin. de re iudic. & in l.ſi te expilaſſe, & Aret. in l. Decuriones, C.ex quibus cauſ. infam. irrogat.* faciunt quæ ponit *Boer. deciſion. 42. numer.23.* facit text. notab. in *l.ſi præſes, ff.de pœn. & in leg. eorum titul.* ergo ſi Papiniano Iuriſconſulto credimus & Marriano, pronuntiare debet Titium occidiſſe, vel non occidiſſe. hoc enim ei commiſſum eſt, non autem qua pœna puniendus ſit. Id enim conſtitutum ſæpiſſimè eſt, Vt homicida, & parricida quod fecit, ſemper expectet.] Vt in *l.3.C.de epiſcop. audi.* is autem iudex, qui ex defectu plenæ probationis pœnam minuit, potius de iure conſtitutionis, quà litigatoris pronuntiat, contra *l.1.§.1.ff.quæ ſentent. ſine appel.* & quæ dicemus infrà in interpretatione *l.1.ff.de re iudic.* & idem occidiſſe, & non occidiſſe pronunciaſſe videtur, cum nec pœnam, vt homicidæ imponat, nec vt innocentem abſoluat, ſed pro medietate occidiſſe, quod ridiculum eſt: nec enim maius eſt factum, vel minus, quod de illo ſit hæc probatio, vel illa, quod ſi medium in facto, vel in delicto non eſt, nec in pœna eſſe debet, quæ propter illud factum, vel delictum eſt imponenda, ex delicto enim argumentamur ad pœnam, vt in *c.non afficiamus 24.quæſt.1. in fin.* notatur in *l.1.in gloſ.C.qui accuſ. non poſſunt. Bartol.in l. leuia.ff.de accuſ. Deci.* qui alia alleg. in *conſil.65.num.5.* eſt gloſ. in *l.Si quenquam, C.de epiſcop.& cleric.*

Dices tu. Ergo numquam moderandæ 4
ſunt pœnæ, vt ſi minor, ſi iuſto dolore motus, ſi irritatus quis deliquerit? quod falſum eſſe apparet, vt probatur *C.de adul.l.Gracchus, & eod.tit. ff.ſi adulterium, in §.imperatores.* & latiſſimè & ordinarè proſequitur *Tiraquel.in dict. tract. de temperand.pœn.per totum.*

Sed his ego reſpondeo negando conſequentiam: Nam temperantur pœnæ ratione culpæ,
vt minor culpa non puniatur maiori pœna, 5
culpa enim habere poteſt maius, & minus, ſed ex probatione, culpa nec minuitur, nec creſcit. Probatio enim non mutat factum ipſum, vt in *l. Duo ſunt Titij, ff.de teſtament. tutel.* nec magis, aut minus poteſt Titius dici occiſus, nec maius, aut minus ex parte occidentis eſt delictum, quod probatio ſit maior, aut minor, vera, vel præſumptiua. Ideò ex probatione pœna mutari non poteſt. aut enim clare conſtat Titium occidiſſe Sempronium, & occidendus ipſe eſt; aut non conſtat, & abſoluendus omnino; aut probatio eſt dubia, vt iudex non firmet animum ſuum, & itidem eſt abſoluendus. *Culpa poteſt eſſe maior & minor, verum id non eſt ex probatione.*

Satius enim eſt, (inquit *Vlpianus*) impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari.] in *l. Abſentem, ff.de pœn. & in l.Item Mela in §.ſi plures, ff.ad l. Aquil.* denique ſententia media ſemper iniqua eſt, dum vel innocentem onerat, vel nocenti iuſtam delicti pœnam non irrogat, quòd ipſum delictum eſt, vt dicit text. in *l.ſeruus, C.ad legem Iuliam de vi publ.* vbi text. inquit, Iudicem vero noſſe oportet, quod graui infamia ſit notandus, ſi violentiæ crimen apud ſe probatum diſtulerit, ſeu omiſerit, & impunitate donauerit, aut molliorem quam præſtituimus pœnam protulerit.] text. etiam in *l.fin. C. ne ſacr. baptiſ.* item quia Reſpiciendum eſt iudicanti, ne quid aut durius, aut remiſſius conſtituatur, quàm cauſa depoſcit,] vt inquit *Martianus in l.reſpiciendum, ff de pœn. & Paulus in l. Pedius, ff.de incend.rui.& naufr.* Denique ſumere in pœnis hoc medium, Innocentibus miſerum, noxiis nõ ſatis ſeuerum eſſe dignoſcitur,] vt dicit text. in *l.1. C.de cuſto.& exhib.reorum.* & ita ſiue nocens ſiue innocens reus fuerit, ſemper ſententia iniuſta eſt. *Pulchra Vlpiani ſententia.*

Prætetea si probatio non est sufficiens vt Titius oecidatur, ergo nec vt ad ttiremes condemnetur, quia in pœnis requiritur liquidissima probatio. *C. de probatio. leg. fin.* nec distinguit lex, pœna sit mortis, vel exilij, vel alia similis. Denique qualitas facti porest & debet minuere pœnam delicti, sicut & culpam minuir: vt *dict. l. Gracchus, C. ad l. Iuliam, de adult. & ff. eo titul. si adulterium, in §. Imperatores.* Non autem probatio, quæ nec delictum auget, nec minuit. & ita *Claudianus iurisconsul.* (qui elegantissimè in *l. aut facta, ff. de pœn.* connumerat qualitates delictorum, quibus pœna, vel adimi, vel mutari debeat) nunquam probationis qualitatem considerat, sicut neque *Alexan. 3. in c. Sicut dignum, in princip. extrau. de homic.* qui inquit, Quòd in excessibus singulorum non solùm quantitas, & qualiras delicti: sed ætas, sciẽtia, sexus, atque conditio delinquentis sunt attendenda, & non solum secundùm prædicta, sed secundùm locum, & tempus, quo delictum committitur, vnicuique pœnitẽtia debet indiei, cùm idem excessus magis sit in vno, quàm in alio puniendus.] Optimè *Gofred. in summa tit. de pœn. num. 10. & 11.* signum ergo est manifestum modum probationis nullum afferre momentum posse, vt pœna criminit alteretur. cùm nusquam inter alias enumeretur hæc qualitas: quæ enim qualitas erir, quæ omnino delictum non respicit, nec ex parte delinquentis, nec ex parte occisi? Nam cùm sit quid extrinsecum post delictum perfectè consummatum superueniens, in nihilo factum, vel qualitatem mutat. Ideò nec pœnam mutare debet, vt in *l. 1. ff. de pœn. in princip.* nec vnquam alicui iurisconsultorum hoc in mentem venit, quòd ex probationis diuersitate pœna diuersa esset constituenda, nec aliqua lex est ex qua hoc, vel per argumentum colligi possit. est enim contra omnium hominum communem sensum, nescio qua ratione id potuerit nostris doctoribus placere. Verius igitur est nõ immutandam esse pœnam ordinariam delicti quod ex præsumptionibus sit iudicandum, sed considerandum esse qualis præsumptio sit, vt si non vehemens sit, nulla reus pœna affici debeat, sed omnino absoluendus sit, tantum abest vt aliqua pœna sit afficiendus, si verò vehemens, & certa sit, nulla pœnæ ordinariæ deprecatio admittatur. Iudex enim bonus esse nõ potest, qui suspicione certa non mouetur.] vt *Cicero* inquit *in Verrem.* neque ex hoc capite quòd ex prę sumptione condemnatur, pœna minuenda est, sed

Quibus ex causis pœna diminui possit.

Ciceronis sententia.

6 pœna integra legis condemnetur. hæ enim diuisiones imperitorum sunt, & rusticorum iudiciis similes, inquit glos. in *l. Nesennius, ff. de negot. gest.* Hoc autem pluribus legibus probatur vltra suprà allegata.

Primò ex textu in *lege 1. C. ad legem Corneliam de sicariis.* vbi si quis Titium occiderit, licet leg. Cornelia non teneatur, nisi dolo occidisset; sufficit tamen occisionem solam esse probatam, quia præsumptio doli intrat. omne enim malè factum semper præsumitur malo animo factum, *cap. 1. de præsumption. & lege si non conuitij, C. de iniur.* probatur etiam in *cap. de hoc, de simo.* vbi deficiens in purgatione punitur ordinaria pœna, licet ex præsumptione, & non ex vera probatione damnetur. *Cardin. cap. deficientibus, numer. 11. quæst. 8. 2. quæst. 4.* quem vide in *cap. 2. quæst. 4.* facit text. in *c. inter solicitudines, de purgat. cano.* vt Abb. declarat contra glos. 7
Nam ibi deficienti in purgatione, pœna ordinaria imponitur, quæ esset imponenda hæretico non pertinaci, & ad Ecclesiam redire volenti. facit etiam ad supradicta text. in *c. porrecta de confirm. vtil. vel inutil.* ibi, cùm igitur, &c.] text. in *leg. iubemus, C. de probat.* & text. in *l. si qui adulterij, C. ad legem Iuliam, de adult. & c. qui non 2. quæst. 3.* text. expressus *leg. fin. C. de accusat.* vbi damnato, quia non probauit ex præsumpta calumnia, imponitur eadem pœna, qua si ex veris probationibus conuictus esset, puniretur. Facit text. in *leg. qui crimen. C. qui accus. non poss.* in prædictis omnibus textibus probatur falsam esse doctorum sententiam, cùm in illis nulla fiat pœnæ diminutio, licet ex præsumptionibus quis damnetur.

Nec his obstat textus in *capite Afferte mihi gladium, de præsumpt.* quia primò in illo textu potius probatur contrarium, vt pœna media non eligatur, ibi enim Salomon nullam mediam elegit pœnam plagij, cui pœna mortis ex lege debebatur. Ideò istam mediam viam non probat, sed potiùs videtur probare, quòd violenta præsumptio non sufficiat ad aliquam condemnationem pro delicto, sed ad rei restitutionem. vt ibi notat *Innocent.* quæ enim violentior præsumptio, quàm illa? Posset etiam dici quòd ille textus nihil faciat. ibidem enim historia refert factum illud, quatenus ad sapientiam Salomonis ostendendam pertinebat: id autem quod postea secutum fuit, quòd ad id non pertineret, non refertur. Forsan aliis suis iudicibus remisit, vt legis executionem exercerent. Vel verius dici posset, vt non videatur æquum, Principem nemine accusante (mulier enim rem suam persequebatur, non de crimine agebat) reum deferre, & ex officio suo condemnare, maximè quia Salomon typum Christi Domini nostri referebat, qui & adulteram delatam nemine accusante erat absolututus. vt inquit *Chrysostomus in concione prima de Lazaro.* Cùm omnibus benefecisset neminem tamen puniit,] vbi alia multa eleganter de hac re: accedit, quòd id meretrix mulier detulerat, sicut & Iudæi criminosi, & adulteri ream ad Christum detulerunt. ideò potius peccatum emendare voluit, quàm castigare. Quòd si velis Innocent. sequi intellectum, clarè constabit non esse mediam viam in pœnis eligendam, sed absolutionis causam esse potiorem. Nec aliquid valent responsiones quas ad dictas leges & canones ponit

8

Intellect. c. Afferte. De præsumptionibus.

Salomon typus fuit Christi qui adulteram à morte liberauit.

Deci.

Deci. in l.1.2. lectura. ff. si cert. pet. numer. 61. scili-
9 cet, quòd fiat distinctio inter præsumptiones iuris, & præsumptiones hominis, vt illæ ad pœnam ordinariam imponendam sufficiant, non istæ. quod etiam prius dixerat *Abb. in cap. Accedens 2. columm. de accusat.* & sequitur *Felin. in c. Afferte numer. 7. de præsumptio.* quia hæc somnia sunt, quasi aliqua sit præsumptio hominis, quæ si bona est, lege non nitatur: præsumit enim homo, lege id probante, alioqui non præsumptio, sed temerarium iudicium erit, vt in *cap. Estote de regul. iur.* nam præsumptio *capit. Afferte.* præsumptio legis naturalis, & ciuilis est, vt *l. isti quidem, ff. quod met. caus.*

Contra Abba. & Deci. & alios.

Sed vt hæc prorsus intelligamus, videamus quid inter probationem veram, & præsumptionem interest. Probatio vera est, quæ sensu corporeo immediatè percipitur, vt si testes hominem occidere videant: præsumptio verò, quæ non sensu corporeo immediatè, sed per discursum colligitur. Prima adeò sensibus capitur, vt animalia irrationabilia si loqui scirent, possent probationem priorem facere, non secundam; sed homini rationali adeò potest res euidenter ostendi ex secunda, sicut ex prima. Imò ex secunda aliquando necessaria est probatio; nam mulierem repertam prægnantem, pluribus antea diebus absente marito, adulteram ita credit homo, ac si adulterantem vidisset. Item si Titium viderer viuum, Semproniumque nudato ense domum ingressum eum persequentem, occisumque statim inuenerit, adeò credet à Sempronio occisum, ac si eum propriis oculis occidi vidisset. An iudex in his speciebus reum poterit ordinaria pœna punire, vel minuet pœnam hoc plenè probato? quid cùm talis sit, quæ regulariter concludat probatio? vt qui hominem occiderit dolo occidisse videatur, vt in *l. 1. C. de sicarijs.* vel non ad necessariam defensionem, nam hæc præsumptio eodem modo, & faciliùs fallere potest, quàm illa, quam nunc proponam. Quid enim si fingamus mulierem, quæ maritum habet, turpi loco, turpibus mulieribus destinato, per aliquot dies voluntariè habitasse, vtrùm iudex de adulterio eam condemnare poterit, etiam si testes de adulterio alio modo non concludant? An hanc præsumptionem hominis appellabimus cum Abbate & Decio? An potius præsumptionem iuris? hæc enim legibus & rationibus legum comprobatur, vt in *leg. consensu, §. vir quoque, C. de repud. & in leg. final. C. Si mancip. ita venit, ne prostituat. capit. 3. loco de præsumptionib.* vbi probatur id quod *Fab. Quintil. libro 5. cap. 9.* Atalantam non esse virginem, quod cum iuuenibus per siluas vagetur. Sed quid si non in turpi loco, sed iuxta illius text. speciem, coniunx inuito viro extra eius domum pernoctet, an hæc præsumptio sit talis, vt de adulterio puniri possit? dubitabilius erit, vt mulier vltimo supplicio damnari possit. ergo

Quid interfit inter probationē & præsumptionem.

Vide Turrecrem. in c. 1. 2. q. 1.

temperanda pœna erit, & ita erit opinio doctorum vera. non enim hæc mulier impunita debet remanere, & iudex considerare debebit, si apud viros, vel mulieres honestas, vel inhonestas pernoctauerit. Nam & in hac specie *Papinianus* respondit in *l. vim passam, in §. mulierem, ff. ad leg. Iul. de adult.* Mulierem ob latronum societatem exulare iussam, citrà pœnæ metum in matrimonio retineri posse, quia non fuerit adulterij damnata.] Ergo vera erit doctorum opinio.

Intellect. l. vim passam §. mulierem de adulte.

Sed huic argumento ex infrà dicendis apparebit clara solutio, vt opinio nostra adeò manifestè vera sit, vt ex ea nullum absurdum sequi possit. Considerare ergo debet iudex qualis præsumptio sit, vt ex ea ad condemnandum in totum, vel penitus absoluendum, moueri debeat. nulla enim inueniri potest præsumptio, qua ad pœnæ diuisionem possit induci, cùm in dubio absolutionis ratio potior esse videatur, vt in *dict. leg. Absentem, & aliis legibus suprà allegatis.*

Non obstat exemplum, seu argumentum
suprapositum. quia notandum est, quòd licet 10
præsumptio talis sit, qua reus condemnari non possit, sed absolui debeat; potest tamen ea talis esse, quæ & ipsa crimen sit, ex quo reus damnari possit, licet ex crimine principali absoluatur. finge Titium accusari, quòd Sempronium occidisse dicatur, ad quod præsumptio inducitur, quòd coadunatis hominibus ea nocte, qua occisus est Sempronius, armatus incedebat: si id sufficiens iudici non videatur ad Titium de Sempronij morte condemnandum, non eo minus punire poterit, quòd coadunatis hominibus incedebat, quod crimen est de se, & est præludium alterius etiam criminis, vt *C. de sicarijs, leg. is qui cum telo.* Item hoc etiam grauius animaduertere poterit, quòd Sempronius occisus esset, scandalum cum armis sequutum sit, & quod exemplo multis grassantibus opus est, *ff. de pœn. leg. aut facta, in princip. & fin. & in l. final. ff. de abige.* quod in ciuitate vel prouincia delicta enormia committuntur.

Item finge Titium accusari, quòd adulterium cum Seia commisit, inducitur probatio, quòd eius domo fenestra delapsus est, vel ingressus. si iudici satis id nō videatur, vt de adulterio condemnetur, non eò minus, de adulterio eo in totum absoluto, puniri debet, quòd domum alienam furtim ingressus est; quod grauius animaduertere potest, quòd non ianua, sed fenestra ingressus est, quòd scandalum vicinorum est ortum: item, quòd domum mulieris marito absente ingressus est, iniuriaque ei & marito illata sit, eiusque fama vulgò læsa videatur, mulierisque castitati, vel honestati detractum, & ita potest intelligi textus, qui hoc expresè vult in *d. c. inter solicitudines, versicul. in pœnam autem.* vbi textus inquit. Purgatione verò recepta, beneficium ei restituere

Intellectus c. inter solicitudines de purgat. cano.

non postponas: in pœnam autem familiaritatis illius, quam cum hæreticis scienter habuisse dignoscitur, illum ab officio volumus remanere suspensum, donec scandalum sopiatur.] Ecce text. in quo absolutus à crimine principali hæresis, punitur ob aliud crimen, ex quo arguebatur ad hæresim, nam cum hæreticis communicare hoc ipsum crimen est, vt ibidem. Et ponit *Reueren. D. Episc. Pacen.* diuini & humani iuris peritissimus variæque lectionis refertissimus thesaurus, *in catholic. institut. in capite* 11. Et ita illum textum intelligit *idem D. Episcop. in c.* 54. *numer.* 10. Et hoc expresse voluit *Innocen. extrau. de exceß. prælat. cap. Quam sit in fin.* vbi vult, quòd si quis extra iudicium se commisisse crimen fateatur, licet ex hac confessione de crimine, quod agnouit, damnari non possit, poterit tamen puniri ex eo, quia de delicto gloriatur, quod ipsum delictum est maximè in clerico. quod etiam sequitur *Abb. extrau. de iudic. cap. at si clerici. colum.* 8.

De fuga. Facit quod de fuga dicitur, quæ probatio, vel præsumptio delicti est, quia, qui fugit, suspectus sententia sua factus est.] inquit *Vlpian. in l. impuberibus, in §. præterea, ff. de suspect. tutor. & Mimus Publian.* Fatetur facinus is, qui iudicium fugit.] not. *C. de reb. cred. & iur. in l. In bonæ fidei*, latissi. *Paul. Grillan. in tractat. de relaxat. carcerato. titul. de fug. incarcerat. vol.* 15. *tractat. diuer. doctor.* Est etiam delictum de se graue, si effracto carcere fugit, vt *l.* 1. *ff. de effractoribus, & expilatoribus.* & aliquando est grauissimum, vt *ff. de re militari. leg. Desertorem, per Bartol. de iureiuran. l. Admonendi numer.* 35. facit quod not. *Bartol. ff. de iniur. leg. non solum, §. si mandato meo in fin.* faciunt quæ *Rip. de pest. fol.* 67. *numer.* 75. *circa fin. de præseruat. contra pest. capite de remed. ad conseruan. vber.*

Cap. decernimus 3. *q.* 9.

Sic etiam si quis de hæresi suspectus libros improbatæ lectionis apud se retineat, ad hæresis suspicionem addet: quòd si id sufficere non videbitur, vt condemnetur tanquam hæreticus, vt *Reuerendiß. Episc. Pacen. in suis eruditissimis instit. cath. c.* 38. *numer.* 18. defendit, poterit tamen propter hoc ipsum, quòd libros reprobatos retineat, puniri, quia id crimen est de iure communi, cùm libri tales sint comburendi, vt in *l. quicunque, & in l. damnato. C. de hæretic. & in actione* 3. *Chalcedon. concil.* 2. *tom. p.* 136. *& eodem concil. Martian. constit. pag.* 216. Faciunt in simili quæ *Iulius Paul. recept. sentent. libr.* 5. *cap.* 25. vbi inquit. Libros magicæ artis apud se nemini habere licet, etsi penes quemcumque reperti sint, bonis ademptis ambustisque his, publicè in insulam deportantur, humiliores capite puniuntur.] Faciunt quæ *Vlpian. in l. cætera in §.* 1. *ff. famil. herciscun.* Facit text. in simili *l. iubemus, C. de defenso. ciuit.* quod & per plura exempla comprobat *dictus Reuer. Episc. in dict. c.* 38. quod etiam singularibus Sacratissimorum Pōtificum prohibitionibus cautum est. Ex *nouel. Iust.* 42. scriptor librorum hæreticorum amputatione manus punitur, vt careat ea corporis parte, qua deliquit, sicut & fugitiuo pes amputatur, vt *l.* 3. *C. de seru. fug.* vt cum aliis multis refert elegantissimè *Iacobus Cuiac. lib.* 7. *obseruat. cap.* 14. vbi ponit alia pœnarum genera. *Gandi.* etiam *de pœn. reorum, num.* 54. *Luc. de Peña. in l. final. de spectacul. lib.* 12. Denique aliqua sunt, quæ sunt præsumptiones delicti, & de se etiam sunt delicta: sic aliquando cōtumacia est delictum specificum, aliquando genericum, vt per *Tiraquel. ces. causa.* 1. *parte numer.* 67. *& sequent. Felin. c. nullus de præsumpt. col.* 2. item etiam est probatio alterius delicti, vt per *R. Episcop. Pacen. dict. lib. in c.* 14. Sic confessio extraiudicialis, delicti est probatio, & delictum de se, vt in *dict. Innocent.* quòd grauius iudex punire debebit si virgo, aut nupta, vel aliàs mulier honesta, ex illa confessione infamiæ notam subeat, maleque audire incipiat, & ex qualitate personæ, ex infamia, vel ex scandalo pœnam metiri debebit. ipsum autem principale crimen si præsumptio sufficiens non sit, quæstionibusque, vel aliis viis veritas euinci non potest, non factum videbitur, cùm non temere ad reorum condemnationem sit procedendum, satiusque sit, Nocentem impunitum relinquere, quàm innocentem condemnare.] vt *d. l. absentem.* Et hæc satis videntur probari in dicto responso *Papiniani in dict. leg. vim passam.* ibidem enim non de adulterio fuit condemnata ob latronum societatem ipsa mulier, fortè ætas, fortè mores eius ab adulterij crimine dissidebant, & ebrietate, & latrocinio magis incalescebat. Ideò adulterij culpa liberata, saltem re ipsa, ob latronum societatem & perditos, citra adulterij suspicionem mores, exulare iussa fuit, vt text. dicit.

Vide Sixtum Senen. in Bibliotheca sancta lib. 2. *verb. curiosarum.*

Vide. in c. actio. Synod. Constantinopolit. 2. *tomo concil. p.* 462. *in fin.*

Confessio aliquando est crimen.

Ex his apparet falsam esse opinionem *Abb. in cap. auditis, circa fin. extrau. de præscript.* qui vult quòd si quis fateatur se hominem occidisse, sed ad sui necessariam defensionem, puniri extra ordinaria pœna, non ordinaria debeat, cùm probatio ex simili confessione non omnino clara sit, cuius opinionem sequitur *Dec. in c. cum venerabilis, num.* 20. *extrau. de exceptio. & Palat. Rub. in alleg. hæres. in §.* 11. *colum.* 2. plures refert *Hippol. singul.* 185. *Dec. in l. vt vim, ff. de iust. & iur.* cum aliis multis relatis ab *Anton. Gabriel.* olim dignissimo aduocato consistorij & fisci. *in suo aureo commun. conclusio. tract. lib.* 7. *titul. De criminalibus conclus.* 19. *limitat.* 1. *num.* 7. qui post hæc scripta, dum iam prælo mandare vellemus, ad manus nostras peruenit. Sed hæc doctorum opinio ex supradictis vera esse nō potest. Ideò *Socin. in l. Non vtique, ff. de except.* impugnat illam doctrinā, & admittendo opinionem illorū, qui distinguunt inter præsumptiones hominis, & legis, dicit quòd ista est præsumptio legis, quia homicidium semper dolo, & illegitimè factum à lege præsumitur, in *l.* 1. *C. de sicar.* omne enim malefactum malo animo præsumitur factum, *c.* 1. *de præsumpt. & l. Si non conuitij, C. de iniur.* licet *Dec.* dicat quòd nulla lege reperitur hæc præsum-

11 *Noua opin. contra Abb. Panormit. & alios.*

sumptio, vt homicidium præsumatur factum non ad legitimam defensionem.

Contra doctores. Sed mihi, vt sæpiùs dixi, non placent hæ opiniones, verùm si sit præsumptio vehemés, imponatur legitima, & ordinaria pœna; si leuior præsumptio sit, absoluatur omnino reus, sed quia hæc videntur rem incertá relinquere, maximè in quęstione Abb. si quis fateatur factum, neget tamen delictum, quod non illicitè fecit, vt si ad sui defensionem, vel sine dolo id factum causetur, quid sit constituendum videamus.

Ego existimo præsumptionem existere contra homicidam, cùm tamen ea præsumptio iuris sit tantum, non etiam de iure, non omninò illi præsumptioni starem, sed considerarem, an illa præsumptio aliis præsumptionibus, & verisimilitudinibus euacuari possit. quid enim si hominem occidisse fateatur ad suam defensionem Titius, qui Titius probus vir sit, cui nullæ inimicitiæ cum occiso essent, occisus autem èconttario homo rixosus fuerit, & sæpe ebrius, & iniurius, vt optimè post *Obertum de Bob.* considerat *Alber. in leg. vt vim, numer. 8. ff. de iustit. & iur. & Cardinal. in clem. si furiosus, col. fin. quæst. 33. nu. 33. de homicid.* certè omnino Titium absoluerem, etiamsi aliunde quàm ex confessione sua de homicidio constaret, nisi ex facto ipso appareret, facilè sine occisione se defendere potuisse, vt quia non adeò armatus mortuus erat, & solus, Titius verò cum armis & comitatus.

Denique ex negotij natura probatio capienda erit, nunquam tamen media via eligéda est (nisi velimus in re tam seria ænigma confingere simile illi, quod de vespertilione refert *Plat. 5. de Republica*) nisi quando factum ipsum, & delictum, non probatio sola, mediam viam patiatur, vt si ex supradictis colligatur, quòd excesserit modum in se defendendo, in quo facto delictum medium est, nec enim innocens est, nec homicida improbus simpliciter dici poteft, vt in *l. vt vim, ff. de iustit. & iur.* ideò iustè pœna erit temperanda, non ex qualitate probationis, quæ numquam factú mutare potest; sed quia culpa leuior est, cùm in se defendendo excesserit ab alio aggressus. sicut leuius est crimen, quod nondum perfectum est, ideo extra ordinem est animaduertendum, vt elegantissimè *Paul. iurisconsul.* probat in *l. 1. ff. de extraord. criminibus*, ibi, Perfecto flagitio, puniuntur capite, imperfecto in insulam deportátur.] & leuius est homicidij delictum quod in rixa fit, quàm id quod ex insidiis perpetratur, vt in *l. si in rixa cum gl. ff. ad l. Cornel. de Sicar. & c. 1. extrau. de homicid. & Plato de leg.* inquit, Maiora supplicia illis decet imponere, qui consultò per iram interfecerunt, illis contrà qui repente, & inconsultò, leuiora.]

Vi. Socyb. in cle si furiosus. in §. Initium. num. 6.

Plato 9. de legibus.

12 Contra Socinum. Nec placere potest quædam subtilis opinio *Soc. in d. l. Non vtique. ff. de except. in fi.* qui ita distinguit, aut quis fatetur factum cú qualitate, quæ delictum absorbet, & tollit, & tunc ex tali confessione nullus possit damnari, aut qualitas est talis, quæ non tollit factum, sed excusat, & tunc damnari possit. Exemplum de vtroq. finge me furti accusari, quòd rem furatus dicar, fateor rem abstulisse, sed dico me putasse dominum permissurum. hoc casu, quia exceptio hæc furtum tollit, vt ex furti diffinitione appatet. furtum enim non est nisi inuito domino fiat, non debeo confessione damnari, quia confessio ipsa magis furtum tollit, quàm excusat. Sed finge me ex homicidio accusari, homicidium fateor, sed necessariæ defensionis prætextu excuso, vel ex defectu doli; quia hæc non tollunt homicidium factum, condemnandus ex mea confessione sum, quasi isto casu fateri videar, altero verò, scilicet in furto, negare potius, quàm fateri, & ideò ex supradictis altero absoluendus omnino, altero condénandus sim: pro qua opinione facit, quia dolus in furto substátia, in homicidio verò qualitas est, vt sentit *Bal. C. qui accus. non possunt, l. 1. col. 10.* Ideò altero casu, negatio delicti est remotio doli, altero verò extenuatio, & excusatio, sicut & aliàs dicitur de exceptione, & defensione, vt in furto defensio sit, in homicidio exceptio, remotio doli.

Sed hæc speciosa quidem verbis, sed re inania, & subtilia magis sunt, quàm vera. Hîc enim agimus de facto quatenus est à iure punibile, cuius respectu in vtroque, furto scilicet, & homicidio, dolus malus est causa, sine qua factum non debet puniri: ideò qui fatetur ad suam legitimam defensionem homicidiú commisisse, ita negat in effectu delictum, sicut, qui dominum permissurum cùm furabatur allegat se cogitasse, vt patet ex *Aret. de vulgar. & pupil. l. t. in princip. & Decio, dicto c. cum venerabilis 10. colum. num. 20.* Licet enim verba debeant referri ad substantiam, tamen vbi effectus est in qualitate, & de ea agitur, ea sola est consideranda, sicut & aliàs verba non simpliciter, sed secundùm quid interpretari debent, si de illo quid agatur, vt ita dicam, vt probatur *ff. de verbor. signifi. l. Quos nos, §. locuples.* & ita opinio Soc. vera nó est. Nam & in vtraque specie pręsumptione iuris inest dolus, vt *d. in l. 1. C. de fic. & de furt. ff. l. Qui vas, §. vetare.* Ergo confessio in vtraque parem producet effectú, cùm in vtroque casu dolus malus remoueatur, qui causa est punitionis. Item verisimilior est ea excusatio, quòd ad sui defensionem quis alium occidit (cùm iure naturali, & ciuili hæc defensio potiùs admittatur) quàm illa, qua furtum excusatur, ex eo quòd putabat dominum permissurum, quæ magis ex fatuitate facientis, & ridicula confidentia descendit. Non ergo hęc plus debet excusare, quàm illa, vt *ff. quod vi aut clam. l. Seruius.* quod est notandum.

Illud certum est, quòd si factum neget, & conuictus ipsum excusare velit, nó est audiendus, nisi legitimè id ostendere paratus sit. vt in *l. cùm de indebito, ff. de prob.* cùm autem factum

ingenuè fatetur, verius est in prædictis omnibus speciebus, siue in furto, siue in homicidio, boni prudentisque iudicis arbitrium versari, vt ex qualitate personarum, & cæteris ponderatis circumstantiis, quod bonum iustumque sit, statuat, vel absoluendo omnino, vel condemnando. Nam & probationes omnes, non solum istæ, quæ præsumptionibus consistunt, verum & illæ, quæ ex testibus fiunt, à iudicis arbitrio pendent. vt *l.3. in §.Ideoque, vers. tu magis, ff. de testibus,* vbi Callistratus inquit: Tu magis scire potes quanta fides habenda sit testibus, quin & cuins dignitatis, & cuius existimationis sint, & quid simpliciter visi sint dicere. Vtrùm vnum eundemque, & præmeditatum sermonem attulerint. An ad ea, quæ interrogaueris ex tempore verisimilia responderint. Eiusdem quoque Principis extat rescriptum ad Valerianum Verum de excutienda fide testium in hæc verba, Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas & auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur fidem. Hoc ergo solum tibi scribere possum summatim, non vtique ad vnam probationis speciem cognitionem statim allegari debere, sed ex sententia animi tui te existimare oportere, quod aut credas, aut parum probatum tibi opineris.] Et ita Doctores nostri aliquid esse probatum vel non, ex mero iudicis arbitrio pendere asserunt, *Paul. de Cast. in l. Admonendi. col. pen. de iuretur. Dec. cons. 510. & 650. in princ. & 647.* vbi allegat alios, adeò vt voluerit *Bart. per dictam legem in l. Lucius, ff. de his qui not. infamia.* quod licet testes plenè probent secundùm verba, possit tamen eis iudex non adhibere fidem, sed hoc non temere, sed ex causa fieri debet, vt *ibidem* dicit *Bart.* de quo per *Hippol. cons. 1. num. 72.*

Probatio ex iudicis arbitrio pendet.

Sic in prędictis casibus iudex existimare debet, vtrum reus sit condemnandus, vel absoluendus, quando fassus est se, vel rem abstulisse, quia putabat dominum permissurum, vel occidisse, ad sui defensionem: quinimo etsi aliunde quid ex confessione de facto constet, si tamen ex qualitate personæ, ad defensionem necessariam allegantis se occidisse, vel domino nõ inuito, se existimasse rem accepisse, id vero simile sit, poterit reum absoluere: idem enim & in reis considerandum quod in testibus considerat *Callistratus in d. l. 3. in princ.* vbi ita inquit: In persona eorum exploranda erunt. in primis conditio cuiusque. vtrum quis decurio, an plebeius sit, & an honestæ, & inculpatæ vitæ: an vero notatus quis, & reprehensibilis, & an locuples, vel egens sit, vt lucri causa quid facilè admittat, vel aut ei inimicus sit, &c.] Facit text. in *l. ob carmen in §. fin ff. eo tit.* ibi. Quod naturæ negotij conuenit, & quod inimicitię aut gratiæ suspicione caret, confirmauitque iudex motum animi sui ex argumentis, & testimoniis, quæ rei aptiora, & vero proximiora esse compererit.] Et deniq. vt inquit text. in *auth. de instr. cau. & fid. § si vero tale.* Sit hoc iudicantis prudentiæ simul atque religionis.] Facit text. in *c. causam qua extra. de re iudica.* ibi, Quia tamen iudicis animus non semper ad vnam probationis speciem inclinatur.] Ex quibus satis superque comprobantur supradicta: facit glos. in *l. 1. in §. cum arietes, ff. si quadrup. paupe.* fecisse dicatur, de quo per *Tiraq. in tract. de temperand. pœnis, caus. 62.* quæ possent ornari ex his, quæ *Alciat. de præsumption. 3. regu. præsumpt. 39.*

Ex supradictis facilè intelliges quando reus, qui præsumptionibus vrgetur, condemnari, vel absolui debeat, quodque id boni æquique iudicis arbitrio pendeat, qui nunquam arbitrari poterit ex hac, vel illa probationis specie ordinariam legis pœnam esse immutandam; cum hoc solum ad eius cognitionem spectet, reum hominem occidisse, vel nõ occidisse, crimen esse commissum vel non: quod cum medium non recipiat, nec pœna media erit cõstituenda. qualitas enim personarũ, & facti, pœnam mutare quidem poterunt, probationis autem diuersitas, quæ nunquam factũ mutat, hoc efficere non potest, vt pœna grauior, vel leuior sit constituenda. poterit tamen iudex aliquando mediam viam in absoluendo eligere, vt absolutio non fiat diffinitiuè, sed ab obseruatione iudicij, si superuenturam probationem speret, iuxta ea quæ latè ponit *Reuerend. episc. Segobien. lib. 1. variar. resol. c. 1. num. 8.*

Hæc autem omnia qua dicta sunt, non ita 13
plenè in crimine hæresis, quoad abiurationem sunt obseruanda, cùm abiuratio magis salutaris sit medicina, quàm pœna. Ideò imponi potest etiam illi, qui ob non plenam probationem in aliis criminibus foret absoluẽdus, nam & ob solam suspicionem indici abiuratio potest, vt per *d. Episcopum Pacen. in d. lib. de Catholic. institutio. in t. 1.* licet quoad purgationem canonicam indicendam non sufficiat suspicio, nisi talis sit, ex qua scandalum generetur, vt probat text. in *c. ex tua. in fin. de cohabi. cleric. & mulier.* vbi *Abb. & doctor. idem Abb. in c. inter. de purgatio. canonic.* quoad alias verò pœnas ordinarias, vel extraordinarias, sacris illis tribunalibus Catholicæ religionis certissimis propugnaculis, supradicta poterũt deseruire. In quorum summo dum hæc scribimus sub Sanctiss. D.N. Pio V. feliciter præsunt Illustrissimi Cardinales omnium virtutum genere & doctrina clarissimi. Inter quos est Illustrissimus Cardinalis D. Franciscus Pachecus de Toledo, ciuitatis nostræ dignissimus antistes, cuius maturum iudicium, & in rebus gerendis dexteritas, & generis decus, ad summos eum honores meritissimè euexerunt. Est & in Hispaniis nostris insigne sanctæ Inquisitionis tribunal, in quo Philippi Catholici Hispaniarum Regis cura religionis, & solicitudo valde conspicitur, & splendet, dum eos viros huic negotio

De abiuratione.

præ-

præficit, de quorum fide & integritate ambigi nunquã possit: eius sanè rei testimonio euidentissimo nobis est, illius sacræ congregationis in illis regnis primatum tenẽs Illustrissimus Cardinalis D. Didacus de Spinosa, Regij etiam cõsilij supremi Præses, cuius prudentia, consilium, & animi moderatio, præclaram & stabilem sine inuidia comparauit authoritatem.

Sed vt iam huic quæstioni finem imponamus, hoc vnum dicemus; quòd si quis objiciat ex opinione nostra facilè euenire, vt delicta remaneant aliquando impunita contra text. in *l. ita vulneratus, ff. ad leg. Aquil.* ei satisfaciet *Plato*, qui inquit, Impossibile est mala penitus extirpare.] & *Vlpianus suprà allegatus*, qui hoc satius esse existimat, quàm innocentem cõdemnari, maximè iure cano. vt *c. clemens 8. quæst. 1.* & hac ratione Dominus noster iubet dimitti zizania dicens, Ne fortè colligentes zizania eradicetis simul cum eis triticum.] & text. in *cap. nolite recedere. 11. quæst. 3.* facit text. in *cap. quia magnum 23. quæst. 4.* & text. in *cap. sacris extrau. de sepultur.* qui prohibet exhumari excommunicatum, si à fidelibus secerni non possit, dicit enim, Quòd si discerni non poterunt, expedire non credimus, vt cum excommunicatorum ossibus, corpora extumulentur fidelium.] Et ita *dicta lex, ita vulneratus* loquitur, quando omnes erant nocentes, sicut & text. in *l. item Mela. in §. si plures, eodem titul. ad legem Aquil.* & ita respondet gloss. in *c. cupientes, in verbo culpabiles, de electio. libro 6.* vbi etiam *Archidiac. columm. 15. super eodem verb. culpabiles*, de quo per *Tiraquell. in tractat. de temperand. pœn. caus. 63.* Verum tamen est, quod est casus, in quo si non constat de nocente, omnes ciuiliter tenentur, in *l. 1. 2. & 3. ff. de his, qui eiecer. vel effuder.* Sed illud ea ratione inductum est, vt omnes curent ne ex domo, quam inhabitant, damnum transeuntibus inferatur, ideoq. magis ex culpa sua, quàm ex alieno facto tenentur. Quid autem in irregularitate, si innocens à nocente discerni non possit. Vtrum omnes irregulares censeantur, lat. tractat *Marian. Socin. in cap. ad audientiam, q. 39. n. 46. extrau. de homicid.* quẽ vide in sequen. quæstione, & quæ ponit *Cardinal. Turrecrem. in capit. si in morte 23. quæst. 8. Episcop. Segob. in clemen. si furiosus, in 1. part. §. 2. numer. 5. & in principio, num. 3. de homicid.*

Plato in Theæteto.

Matth. 13.

CAP. II.

De interpretatione l. Diffamari, C. de ingenuis, & manumiss. & quòd non possit quis ad agendum prouocari.

SVMMARIVM.

1. *Actoris munus voluntarium est.*
2. *Natura repugnat, vt quis petat id, quod possidet*
3. *Verbalis turbatio quando consideretur.*
4. *Differentia inter interdicta, & actiones, & inter eas, quæ ad corporalia & incorporalia dantur.*
5. *In seruitutibus sola verbalis molestia sufficit, & quare, contra Alciat.*
6. *In seruitutibus idem potest esse petitor, qui & possessor.*
7. *Turbatio est necessaria ad interdicta.*
8. *Absurdum quod sequitur ex doctorum opinione.*
9. *Aliud absurdum quod ex opinione doctorum sequitur.*
10. *Intellectus verus istius legis, Diffamari.*
11. *Materia status maximam conuenientiam habet cum prædialibus seruitutibus.*
12. *Quando diffamatio potest parare præiudicium.*
13. *De interpretatione l. si contendat. ff. de fideiuss.*

DIffamari (inquit lex) statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate quorundã, periniquum est, præsertim cùm affirmes diu præsidem vnum, atque alterum interpellatum à te, vocitasse diuersam partem, vt contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret. Vnde cõstat meritò rectorem prouinciæ commotum allegationibus tuis, sententiam dedisse, ne de cætero inquietudinem sustineres. Si igitur diuersa pars perseuerat in eadem obstinatione, aditus Præses prouinciæ ab iniuria temperari præcipiet.] Diffamationis querelã, constitutionis istius nomine, contra iuris peritos instituere nunc libet, qui hanc legem malè interpretantes præpostera quædam iudicia inducunt, & sub huius legis clypeo defendere conantur, quæ naturam & ordinem iudiciorum subuertunt, & infinitas lites suscitant, & non tam iustitiæ, quàm calumniandi tradunt vias, quibus calumniosi incautos homines improbè aggrediuntur, ac molestant auctoritate istius legis iniquè abutentes. Volunt enim deducere ex ista lege, quòd si quis rei alicuius sit legitimus, vel etiam illegitimus possessor, seu debitor prætendatur, posse in iudicium ad agendum aliquem adigere sub eo prætextu, quod ille se creditorem, vel dominum alicuius rei, quam ipse possidet appellet. Et ita tam in realibus, quàm in personalibus actionibus, tam in petitoriis, quàm in possessoriis iudiciis possit reus actorem in iudicium compellere, vt latissimè refert *Antonius Gabriel. libr. 2 de commun. conclus. titul. de action. conclus. 6.* quod quàm iniquum sit ex sequentibus manifestissimè apparebit.

Vi. decisi. Pedemont 151. & Couarru. lib. 1. Varia. cap. 18.

Ex mala huius legis interpretatione excitantur multa lites.

Et vt à principiis iudiciorum rem deducamus, notissimum est, iudiciale duellum à duabus personis sub iudice agi debere, acto-
1 re scilicet, & reo, vt in *capit. forus, de verbor. signific.* Actoris autem munus, quod ab agendo nomen ducit, voluntarium est, non coactum. vt in *leg. vnica, C. vt nemo inuit. ager. vel accusar. compellat. Et leg. creditor ad petitionem debiti vrgeri minimè potest, C. de pignor.* alioqui potiùs pati, quàm agere diceretur, & ideò in iudicio primus comparet actor, & ab eo iudicium incipit. vt in *l. in tribus, ff. de iudic. in fin.* ibi, Magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium prouocas-

uocasset.] Et ita ex persona actoris semper metimur iudicia, vt *l. 1. in §. 1. ff. si pari hered. peta.* *& in l. cum quadam puella. in § fin. ff. de iurisdict. omni. indic.* & text. norab. *in l. solemus, ff. de iudic.* ibi. Periculosum esse ex persona rei hoc meriti.] Reus autē inuitus ad iudicium trahi solet, vt in *l. inter stipulantem in §. Stichum, ff. de verbor. obligat.* atque reus fugiens in iure appellatur, cum ad officium eius pertineat iudicium eludere, si possit. vt in *l. properandum, in §. & si quidem, C. de iudic.* Nam vt dicitur in prouerbio, ,, cum licet fugere, ne quære litem. Quæ iudiciorum notissima principia prædicta interpretatione corrumpuntur, quæ principia natura ipsa constitui videntur, cum fieri non possit, vt quis de ea rē quam ipse possidet, iudicium moueat. Quia ciuilis, & naturalis ratio facit, vt alius possideat, alius à possidente petat.] inquit

Reus fugiens appellatur.

2 text. in *§. retinendæ, versicul. namque. Institut. de interdict.* Nam pro rebus corporalibus non est inuenta actio per quam possessor agere possit. text. est in *§. æque si agat, versicul. nam in his, instit. de actio.* vbi dicit text. Nam in his, is agit, qui non possidet, si vero quis possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.] Et *Vlpianus in leg. inter litigantes, ff. de iudic.* eleganter scripsit, Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur.] Et facit text. notabilis in *l. 1. in §. interdictum autem, ff. vti possidetis.* vbi *idem Vlpia.* inquit, Actio enim nunquam vltro possessori datur, quippe cum sufficiat ei, quod possideat.]

Ecce textus expressos vbi nulla est actio, vel remedium, quo reus ad iudicium prouocare possit actorem, quòd rationem & ciuilem habet, & naturalem, quam corrumpunt, qui iactationis, & molestationis, nescio quas actiones calumniosas meditantur, vt inuitum actorem ad iudicium trahant, contra prima iuris elementa, vt in *dicto titul. C. vt nemo ager. vel accusar. compellat.* Cum in potestate actoris sit, quando velit experiri. vt in *leg. Qui in alterius, ff. de reg. iuris.* vbi textus inquit, Nam planè qui agit certus esse debet, cum sit in potestate eius quando velit experiri. Et ante debet rem diligenter explorare, & tunc ad agendum procedere.] Ideò certum est quod dū actionis tempora durant, in potestate actoris est ius suum deducere, vel non, in iudicium, & semper deliberare potest, & hac ratione in *problemate quodam Aristot.* æstimat, veteres constituisse, vt in pari causa pro reo sit profitenda sententia, quod actor paratus, & præmeditatus ad causam accedat; reus verò non suo arbitrio, sed alterius, ad iudicium compellatur: quod si iudicium iactationis, & molestationis, vt vocant, institui possit, vt vulgo existimant, falsa esset Aristotelis ratio. nam præriperetur hoc ius actori, cui temporis, vt diximus, loci, & actionis semper electio da-

Quare sit potior causa rei in dubio ex Aristot.

tur, vt in *leg. 2. in §. Scæuola. ff. de eo quod cert. loc. & leg. persecutione, C. de pignor.* & iudicia reorum arbitrio instituerentur, ex quo omnes iuris regulas corrumpi manifestum est. Nam in rei vendicatione constitutum est, vt ex parte agentis dominium, ex parte conuenti, possessio, vel detentatio probari debeat. vt *leg. officiū, ff. de rei vend.* Ideò qui dicit se non possidere, numquam compellitur iudicium sumere, sed si mentiatur, in aduersarium per iudicem transfertur possessio. vt *leg. finali, ff. de rei vendicat.* & ita *Cains in leg. qui petitorio, ff. de rei vendicat.* inquit. Qui petitorio iudicio vtitur, ne frustra experiatur, requirere debet an is, cum quo instituat actionem possessor sit, vel dolo desijt possidere.] Facit text. in *leg. si in rem & in leg. sin autem, in §. 1. eodem titul. & leg. si quo tempore, ff. de petitio. hered.* ideò fieri non potest vt is, qui possidet possit petitorio iudicio agere, quòd si quis re ipsa in possessione turbetur 3 (nam verbalis turbatio non est tanti, vt iudicio quis propter eam debeat experiri) interdicta inuenta sunt, quibus experiatur. vt *dict. §. retinendæ.*

Quod autem in his iudiciis verbalis molestia non sufficiat, vt quis agere possit, nec æstimanda sit iactatio vana, manifestè apparet. Nam in iure sunt quædam actiones quæ ad incorporalia iura dantur, ideoque ad seruitutes pertinent, quæ confessoriæ ad vendicandam seruitutem, negatoriæ ad depellendam appellantur, & inuentæ sunt: alia vero remedia sunt, quæ magis factum, quàm ius respiciunt, quia circa nudam possessionem versantur, qualia interdicta sunt, vt in interdicto retinendæ, recupetandæ, & similibus videmus, in quibus, an possederis, vel non, an deiectus fueris vel non, magis quæritur, quàm vtrum de re tua, vel aliena deiectus fueris. Sunt alia tertij diuersi generis remedia, quæ proprietatem respiciunt, & quodammodo participant ex supradictis. Nam dominium, vel proprietatem, quæ incorporalia sunt respiciunt, & ad merum factum, scilicet ad tradendum rem ipsam competunt, vt in *leg. officium, & in leg. qui restituere, ff. de rei vend. & l. 1. & l. 3. & l. exempto. in princip. ff. de actio. empt.* quod facti esse nemo est qui neget, vt *leg. si rem tradit. ff. de verbor. obligat.*

4 *Differentia actionum, & distinctio.*

Primum igitur genus actionis quod pro seruitutibus datur, quia plurimum iuris habet. & quia seruitutum possessio, seu quasi in aduersarij patientia innititur (vt notat. in *l. 2. C. de seruit. & aqu.* est text. in *leg. & si fortè. in §. 1. versicul. Sed si patiente, ff. si seruitus vend. & l. quoties, ff. de seruitut. & l. 3. in §. dare, ff. de vsufruct. Bartol. in leg. naturaliter, numer. 27. ff. de vsucapioni.*) à possessore etiam intendi potest, & ideò sufficit quælibet verbalis etiam molestia. ex ea enim impatientia satis colligitur, vt pro seruitute agi possit. quidquid *Alciat. libr. 3. Parergon c. 21. in fin.* dicat, & ita eo casu etiam possessor

De primo actionum genere.

Contra Alciatum.

sessor ad iudicium prouocare poterit, vt *l. fru-*
6 *ctuario. in §. sicut, ff. si vsufruct. peta. & dict. leg. Et*
si fortè, in §. sciendum est, ff. si seruit. vend. vbi *Vl-*
pianus inquit, Sciendum in his seruitutibus
eundem esse possessorem iuris, & petitorem.]
Probatur etiam in *l. si à te eod. titul.* vbi possi-
denti pro seruitute & actio & exceptio datur:
facit etiam text. in *l. si eo loco. §. 1. versic. & si qui-*
dem, eod. titul. & licet text. in *l. loci corpus, § si quis*
mihi, & l. si quis diuturno in §. agi. eodem titul. vi-
deantur requirere quòd fiat controuersia fa-
cti, vt possessor pro seruitute agere possit, ta-
men veriùs est in ijs remedijs contradictionem
solam verbalem sufficere, vt optimè *Bartol. in*
l. si prius, numer. 3. ff. de nou. oper. nunciat. contra
Alciat. vbi supra. Nec dictæ leges, si rectè in-
spiciantur, contrarium volunt, quia loquun-
tur quando tertius impedire vult, à cuius pa-
tientia possessio, vel quasi, non pendet, non
autem quando prædij dominus, seu possessor,
quod est notandum.

De secundo genere actionum.

In secundi verò generis remedijs, quę inter-
dicta dicuntur, & possessionem respiciunt, ve-
rùm est quædam esse, quæ possessori dantur,
sicut & in seruitutibus dictum est, vt sunt ea,
quæ retinendæ possessionis appellantur. Ve-
rùm non simpliciter possessori dantur, sicut in
præcedenti genere, sed ita demum, si re ipsa in
7 possessione turbetur. Nam eò tendunt vt vis
non fiat. vt *in leg. 1. ff. vti posside. & in l. vnic. C. eod.*
titul. quàm solis verbis non fieri certum est. Et
ideò numquam verbalis molestia sufficit, vt
quis interdicto possit experiri, vt bene decla-
rat *Alexan. in dict. l. si prius, ff. nou. operi. nunc. num.*
22. nisi vbicumque ex verbali diffamatione
reale impedimentum sequeretur, vt in exem-
plo quod *Bartol.* ponit in *dict. l. 1. in §. huius autem*
edicti num. 2. ff. vti possidet.

De tertio genere actionum.

In tertij verò generis remediis, vt in rei ven-
dicatione, vel alijs, quæ proprietatem respi-
ciunt, non est aliqua actio, qua possessor in-
tendere possit aduersario nullum ius compe-
8 tere, vt *dict. §. æquè si agat. versic. nam in his, & d. §.*
retinendæ, in versic. namq; & d. l. 1. in §. interdictum,
ff. vti possidet. hac ratione exceptiones omnes
perpetuæ sunt, vt in *l. licet, C. de except.* quia cum
in potestate rei non sit deducere suam exce-
ptionem, nisi quando actor eum ad iudicium
prouocat, si perpetuæ non essent, posset actor
eludere reum non agendo, donec tempus ex-
ceptionis elaberetur. Actiones vero tempora-
les maximè sunt, quia in potestate actoris sit,
quando velit experiri, vt inquit text. in *l. pure.*

Quare sint exceptiones perpetuæ.

§. fin. de dol. except. vbi ita inquit, Non sicut de
dolo actio certo tempore finitur, ita etiam ex-
ceptio eodem tempore danda est. Nam hæc
perpetuo competit, cum actor quidem in sua
potestate habeat, quando vtatur suo iure, is au-
tem cum quo agitur non habeat potestatem
quando conueniatur. Quis enim incusare eos
poterit. (inquit text. in *l. 1. in §. fin. C. de annal. ex-*
cept.) Si hoc non fecerint, quod & si malue-
rint minimè adimplere, lege obuiante vale-
bant. Quæ omnia essent sine ratione, & falsa, si
iactationis, & molestationis, quod vocant, iu-
dicium possessor possit instituere, & primus ad
iudicium prouocare.

De receptione testium ad perpetuam rei memoriam.

Et, etiam esset sine ratione remedium quod
est inuentum *in cap. significauit extrau. de testibus.*
Vbi si quis putat ex morte testium posse peri-
re ius suum, potest vti illo remedio, vt testes
ad perpetuam rei memoriam examinentur:
quia, vt dicit *ibi Innocent.* Si non esset inuen- ”
tus ille modus prouisionis, deperire posset ”
ius talium personarum possidentium, quia ip- ”
sæ agere non possunt, cum possideant, nec a- ”
lios possent cogere ad agendum: vt *C. vt nemo* ”
inuit. l. 1. Est ergo statutum, quòd testes reci- ”
piantur & publicentur perpetuò valituri, &c.] ”
Hæc sunt verba Innocent. quæ valde compro-
bant opin. nostram.

Nec potest dici vno casu necessarium esse 9
istud remedium, etiam si iudicia iactationis
admittantur, quando non profert ille iacta-
tionis aliqua verba. Quia cùm Doctores ve-
lint in casibus quibus sufficit molestia verba-
lis, vt quis ad iudicium trahi possit, sustenta-
tionem litis haberi pro iactatione, numquam
deficeret remedium possessori, quando actor
cedere paratus non esset. Nam & negatio so-
la sufficit, vt expressè dicit *Bartol. in dict. leg.*
si prius, §. opposit. numer. 3. in fin. & communis
practica iudiciorum Romæ solum considerat
molestationem, quæ ex litis sustentatione
fit, si vocatus ad iudicium non cedat, vt re-
medium iactationis rectè procedere videa-
tur, quæ practica forsan fuit sumpta ab *Abb. in*
capit. audita 2. column. in medio. de restitut. spolia-
to. licet eum rectè improbet *Claudius in l. Si*
prius, in 2. column. ff. de nou. oper. nunciat. Sed
non immeritò vsus admisit, ne lites multi-
plicarentur: alioquin esset opus litem aliam
hanc litem præcedere. argum. *l. 4. §. ait præ-*
tor. versic. Sed ratio. ff. de re iudica. & lis (vt in
prouerbio est) litem pareret. Ideò magis con-
uenire visum est, vt iactationibus etiam non
probatis, possit earum prætextu, vel potius eis
confictis, agi, vt verum semper sit, vno in-
conuenienti admisso, plura necessariò sequi,
vt in *leg. ratas, C. de rescind. vend.* text. singul.
in *leg. ex diuerso. in §. vbi autem, ff. de rei vendic.*
facit text. in *capit. quemadmodum, in versicul.*
Alioquin. extrau. de iureiurand. & in c. qualiter
& quando 1. ibi, Quoniam, &c.] *de accusatio.*
& eleganter *Iabolenus in l. in fundi. versicul. Ali-*
ter interpretantibus, ff. de contrahend. emptio. &
Africa. in l. cum quis, in §. qui hominem, ibi, A-
lioquin propè erit,] *ff. de soluti. & Paulus in leg.*
debitor decem, in §. fin. versicul. alioquin. ff. de lega.
2. & elegantissimè *Neratius in l. si decem hæredi.*
ff. de statu liber. ibi, Quod si quis vltra progre-
diatur non multum aberit quin, &c.] cuius
exemplo dicere possumus, si opinionem do-
ctorum sequamur, non multum abesse, quin
inter

inter Actorem, & Reum nullum discrimen constituatur, & ita doctrina Innocentij & supradicta omnia, quæ inter Actorem, & Reum differentiam ponunt, in nulla specie effectum sortirentur, cum esset in potestate Rei, quando velit prouocare, & vel cedere iudicio, vel ius suum deducere, iniquo forsan tempore imparatus, compelleretur actor, & arbitrio possessoris, & rei iudicium instituetur.

Item ex verbulis extra iudicium prolatis, quæ partis ius, nec existimationem lædunt, iudiciorum omnem naturam interuertere velle litigiosi magis, quàm viri boni est inuentio, & contra legislatoris propositum. Nam certi sumus magnam curam egisse eos qui iura sustinebant, ne facilè homines ad litigandum procederent, quod & nobis studio est] (inquit *Iustinianus in princip. institut. de pœna temerè litigan.*) Nam etiamsi constet aduersarium illicitè rei tuæ præiudicium facere, non tamen prius ad iudicium eum prouocare debes, quam extra iudicium admoneas, & tentes vtrum sine lite possis ius tuum obtinere, vt in *leg. quidam libertus, ff. de seruit. vrba.* ibi, Qua de re volo vt cum libero loquaris, ne rem illicitam faciat.] Et licet illa verba non sint *Proculi iurisconsulti*, sed partis deprecantis Proculum, vt optimè aduertit *Duarenus libr. 2. disputatio. capite 28.* tamen non ideo minus ille textus bene ad hoc allegatur: imò optimum est ibi exemplum, vt actor debeat priùs magnæ auctoritatis viros interponere, ne ad iudicium deueniatur. Facit textus notabilis in *leg. in fideicommissis, in principio de vsuris.* vbi inquit *Papinianus*, Tametsi non facilè euenire posset, vt mora non præcedente, perueniatur ad iudicem.] Et vide circa dictas leges *Roman. singulari 396. & 397. Hippolyt. rubric. de probat. numer. 184.* licet non satis rectè *dictam legem fideicommissi.* interpretentur, vt in *leg. neque natales cum vulgat. C. de probatio.* Ideo à limine iudicij repelli omninò deberet, qui sub tam leui iactationis occasione, nullo sibi præiudicio illato ad iudicium prouocat, maximè cum sine vlla actione experiri eum verum sit: quod enim quis possidet qua ratione petere possit non video, ei enim meritò dici potest, Quod petis intus habes, vt dicitur in *leg. 1. C. de re iudica.* nec fieri potest, vt idem quod quis habet legitimè petat, vt in *leg. Titia Seio, in principio. ff. de legat. 2.* Ideò iactationis vel molestationis remedium, quod in Romana curia est frequentissimum, nulla ratione defendi potest, & à Republica esset explodendum, cum infinitas lites pariat, & à boni viri officio sit remotissimus qui super re quam possidet, litem mouere instituit. Nam vt est in Græco prouerbio δίκην ὑφέξει καὶ ὅν⊕ δάκη κύνα, & ἐξ ὄνυ παρακύψειας quod si vt *Isocrates* ait, Hæ leges optimæ sunt, quæ quam paucissimas lites gignunt, hæc nostra pessima erit, si eam interpretationem quam doctores nostri astruunt reciperet.

Contra Duarenũ.

Contra Romanum, & Hippolyt.

Isocrates de regno.

10 Superest igitur vt respondeamus ad nostrum textum, *in ista leg. diffamari*, per quem videtur hoc iactationis, & molestationis iudicium induci, quo inuitus actor ad iudicium prouocetur. Sed si supra dicta rectè considerentur, non erit difficilè ad istam legem respódere. Quia cùm actionum tria genera constituerimus, primum, quo possessor sola molestia verbali iudicium instituere potest. Secundom ad quod ex sola reali turbatione potest possessor prouocare. Tertium vero genus, quod numquam inuentum est, neque inueniri potest, vt possessor ad iudicium possit actorem compellere, si rectè inquam hæc considerremus, apparebit, quòd actiones, quæ statum personarum, ingenuitatem, vel libertinitatem, vel seruitutem, vel libertatem respiciunt, de quibus *lex Diffamari*, loquitur, primi generis naturam sortiuntur.

Vera istius legis interpretatio.

Remedium huius legis sub quo actionum genere comprehendatur.

Primò, ex nominis conuenientia non parum suadetur, cum seruitutum prædiorum, & personarum, appellatio sit eadem.

11 Item, quia & in materia status, confessoriæ, & negatoriæ actiones, sicut & in prædialibus seruitutibus, sunt legibus constitutæ, vt in *leg. si quis à liberis, in §. si vel parens neget, & in §. solent, & in leg. si neget quis, ff. de liberis agnoscendis.* & hoc pluribus legibus in proprijs terminis nostris probatur, *ff. de liber. causa leg. liberis, in §. finali iuncta leg. cui necessitas.* & probatur in *leg. circa, ff. de probationibus.*

Item, quia sicut in prædiorum seruitutibus possessio ex domini scientia, & patientia constituitur, vt dictum est; ita & in libertatis possessione, idem consideratur, vt in *leg. non videtur, ff. de liber. causa.* Facit textus in *l. ea quæ, C. eodem titul.*

Item, quia in materia status communis existimatio multum efficere potest, quæ ex diffamatione posset facilè oriri, vt in *l. si vicinis scientibus, C. de nupt. & in c. per tuas, ext. de probation. in verb. nominatus.* facit text. in *leg. vxorem, ff. de manu. testament.* cum multis adductis per *Tiraquel. de vtroque retract. 1. parte. §. 1. gloss. ibi num. 7.* quod non obscure intellexit *Bald. in Margarita, in verbo, silentium*, vbi dicit, quia diffamatio affert periculum diffamato, cum hoc ipso diffamans se gerat pro domino.] Et hic est verus sensus huius legis, licet Doctores non fuerint assecuti.

Neque potest ad alias materias hic textus extendi, tum quia in aliis materijs habemus leges expressas, quæ contradicunt, vt supra ostésum est, tum quia in causis præiudicialibus multa statuta sunt, quæ ad alias causas trahi non debent, vt in *leg. iuxta, C. de liberal. causa.* maximè quia cum probatio dominij sit valde difficilis, si esset in potestate possessoris ad iudicium arbitrio suo trahere actorem, diffi-

difficillimo forsan tempore de iure suo non satis instructum prouocans, facilè posset ius bonum subuertere, quod non solum æquitatem non habet, verum nihil iniquius constitui posset. Nam in his duobus generibus actionũ nul-
12. *Quãdo diffamatio dãnum afferre possit.* lum affert præiudicium diffamatio. Quid enim mea, (quum domum possideo) interest, quod Titius dicat in hac domo se ius habere, nec enim possessio vel dominium meum aliqua in te læduntur: quia affirmatio, vel negatio ius nostrum non mutat, vt in *l. assumptio, in princip. ff. ad municipal.* Ergo si mea non interest, agere non potero: quia si exceptio tua non interest, omnes actiones excludit, quæ verè sunt actiones, vt *l. si seruus furtiuus, ff. de condict. furt. & l. si ex conuentione, C. de pact.* & dicemus infrà lib. seq. in interpretatione *l. seruo manumisso, num. 5. de condict. indeb.* quanto magis hoc excludet hanc imaginariam actionem, omni iure & ratione destitutam? Nam istarum miserarum elusoriarum nullam habet rationem Prætor: vt in *l. hac autem, in princip. ff. si cui pl. quam per legem Falcidiam.*

In iure autem statum personæ respiciente, diffamatio facta ius meum lædere potest, vt dictum est, & iniuria fieri videtur, si quis ingenuum hominẽ suum seruum esse dicitet. Ideoque & actionem iniuriarum inteodere, ob eam rem potest, vt in *l. non solum in §. si. cum l. sequent. ff. de iniur.* vbi inquit text. Ei qui seruus dicitur, seque asserit in libertatem, iniuriarũ actionem aduersus dicentem se dominum competere, nulla dubitatio est.] Et non solùm ipsi, sed & omnibus cognatis iudicium de liberali causa permittitur, vt in *l. 1. in fin. & in l. 2. ff. de liberali cauſ.* Nimirum ergo si institui possit iudicium à possessore etiam, vt ab hac diffamatione aduersarius cesset, vel se dominum esse ostendat, quod ad alias causas rerum priuatarum trahere statum non respicientes nulla ratio permittit; quo enim colore qui possidet poterit ad iudicium prouocare? Certè res hæc adeò videtur manifesta, vt mirandum sit, esse aliquem scribentium qui contrarium asseruerit. Sed sunt decepti ex falsa intelligentia *istius legis, Diffamari*, quod infinitas parit lites & controuersias, vt verissimum sit, quod inquit *Cicero*, Potius ignorantia iuris litigiosa est, quàm scientia.]

Verus huius legis sensus. Sed istius text. vt diximus, non est difficilis intellectus, qui colligitur ex supradictis, cum huius legis remedium primi generis actionibus similis sit, quia possessio, seu quasi possessio status ingenuitatis, vel filiationis, maximè ex hominum opinione constituitur, vt suprà dictum est per text. in *l. Si vicinu, C. de nupt.* Tum etiam quia præiudiciales quæstiones, quæ personarum statum respiciunt, dignæ sunt, vt non communi & vulgari iure iudicẽtur, in his enim cùm maius periculum sit, cautius agi oportet. Ideo æquissimum est, vt si quis aliquem suum seruum vulgo affirmet, ne ex hoc ingenuitatis existimationi, & possessioni præiudicium fiat, iudicium intendi possit, vt v[i]d ostendere de-

beat, quod affirmat, vel sibi silentium imponatur. Clarissimè ergo apparet istum text. solùm in materia in qua loquitur, ex ratione particulari procedere, nec posse ad alias causas trahi, vt dictum est, maximè quia hæc lex non constituit ius nouum, sed ius continet antiquum. Nam cùm respondeat ad consultationem, ex iure antiquo respondere videtur, vt voluit glos. in *cap. consultationi, extrau. de tempor. ordin. & cap. ex tua, de filiis presbyterorum.* Et hoc clarum est, quia leges futura negotia, non præterita respiciunt, vt in *l. leges, 2. C. de legib. & c. 2. de constitutio.* Sed vt ostendimus, de iure manifestum est, non posse possessorem trahere alium in iudicium, nisi in primo genere actionum: ergo manifestè apparet non posse ex ista lege aliquid elici, quod à communibus deuiet regulis. Ideo malè certè vulgò ad omnia negotia trahitur, quod est notandum, quia doctores nostri hæc parum vidėntur assecuti, nec enim vllo modo verisimile est, vt actio aliqua sit inuenta, quæ omnium actionum ipsarum, & iudiciorũ naturam corrumpat, & interuertat, & actorem ex reo, reum verò ex actore constituat, & metamorphosim quandam ex erroris poculo inducat: quod esset si ex ista lege produceretur actio ita generalis, vt nostri doctores existimant, nec permittendum est vt interpretatione falsa huius legis, fraus tot legibus fiat, quod quàm absurdum sit, ex dicendis infrà in alio c. circa legum interpretationem apparebit.

De remedio verò *l. si contendat, ff. de fideiussorib.* 15. non est quod dicamus, cùm legis illius verba *De lege, Si contendat, de fideiussorib.* nihil contineant, quod à vulgatis iuris regulis in aliquo deuiet, quod manifestissimè apparebit, si potestatem & auctoritatem iurisconsultorum intelligamus, qui etiam ex iustissimis causis actiones producere non possunt, vt in *l. 1. in §. si. cum l. sequenti, de rebus eorum:* & explicuimus in libello de reddit. Ecclesiaſ. in 1. par. cap. 2. num. 9. Sed vt diximus non solum potestas, verum etiam verba deficiunt in *illa l. si contẽdat.* Sed aliquando doctores nostri ἐκ φαύλου ἐκ μύθου faciunt, vt est in prouerbio, & sicut aliàs circa *cap. redintegranda.* vt latissimè ostendimus in d. libello de redditib. Ecclesiast. prim. parte, in cap. 4. num. 11. cum sequent.

Hoc vnum superest, vt Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Io. Paulus, ab Ecclesia signaturæ præfectus, hunc abusum, qui maximè in curia Romana increbuit, omnino tollat, & abiiciat, nec permittat commissiones iactationum, & molestationum signari, quem non dubito pro sua maxima prudentia, animi candore, & integritate, hoc effecturum. Non obstantibus quibuscunque solicitatorum precibus importunis.

CAPVT III.

De intellectu l. Si quis pro eo, ff. de fideiuss. & an iuramentum, quod promissorium vocant, obligationem ciuilem, vel naturalem producat.

SVMMARIVM.

1. *Ex iuramento promissorio nulla producitur obligatio, nec ciuilis, nec naturalis, secundùm doctores.*
2. *Iuramentum promissorium non producit obligationem, neque etiam canonicam.*
3. *Iuramentum non dat vires pacto nudo secundùm doctores.*
4. *Opiniones doctorum in hac materia sunt falsæ.*
5. *Iuramentum promissorium, & ciuilem, & naturalem obligationem producit.*
6. *In iuramento inest consensus.*
7. *Iuramentum potest per viam stipulationis concipi.*
8. *Intellectus l. qua sub conditione, §. quoties.*
9. *Quare prætor remisit iusiurandum.*
10. *Iuramentum non est temere interponendum.*
11. *Iuramentum, de iure ciuili, est omnino seruandum.*
12. *Verus sensus huius l. si quis pro eo.*

1 *Intellectus communis istius legis.* SI quis pro eo (inquit Paulus) qui libertus non esset, & operas præstaturum se iurasset, fideiusserit, non tenebitur.] Ex isto Pauli responso doctores nostri notant, quòd ex iuramento, quod promissorium vocant, nulla producitur obligatio, nec ciuilis, nec naturalis. Si enim earum altera oriretur, posset accedere fideiussor. Nam vt fideiussor obligetur, sufficit debitorem, pro quo interceditur, vel ciuili, vel naturali obligatione teneri, vt *eodem titul. ff. de fideiussor.* probat *Vlpian. in l. 1. & in l. Stipulatus, in fin. cum l. sequent. & Iulianus in l. fideiussor obligari, in §. fideiussor. eod. tit.* qui ita inquit, Fideiussor accipi potest quoties est aliqua obligatio ciuilis, vel naturalis, cui applicetur.] Idem probat *Iustinian. in princip. eodem tit.* facit text. in *l. final. C. de fideiuss. minor. & in l. tam mandatori. C. de non numerand. pecun. & ff. de re iudicat. l. 4. §. ait prætor, & §. si ex conuentione.* Iunct. notat. in *l. Iulianus verum debitorem, ff. de condit. indebit.* Et ita omnes citramontani tenent istam sententiam, quòd si Titio etiam præsenti, & acceptanti, me decem daturum iurem, nec ciuiliter, nec naturaliter sum obligatus, ita *Cynus, & alij* ex mente *gloss. in verbo imposita, in l. prim. C. de oper. libert. Bart. in ista l. Si quis pro eo.* Et est communis opinio secundùm *Ias. num. 11. in authent. Sacramenta puberum, C. si aduers. vendit.* & *Innocent.* tenet

2 *Opinio Innocentij.* actionem non oriri, nec ciuilem, nec canonicam, licet naturalem oriri obligationem fateatur in *cap. nouit. 1. col. num. 4. extrau. de iudic. & in c. cùm venissem, extrau. de institution.*

Denique vt doctores dicunt, licet iuramentum decisorium actionem producat, & confirmatorium vires etiam contractibus inualidis conferat, vt infrà dicemus; iuramentum tamen promissorium nullam obligationem producit, ideo nec actionem, quæ ex obligatione oriri solet: vt *ff. de procurat. l. licet in §. ea obligatio.* & in isto sensu videtur quod possit intelligi text. in *l. iurisiurandi contempta religio, C. de reb. cred. & iur.* vbi text. inquit, Iurisiurandi contempta religio solum Deum habet vltorem.] Intelligendus text. vt loquatur de iuramento promissorio, & facit quod Tiberium dicere *libro primo* refert *Tacitus*, Iusiurandum perinde æstimandum, „ quàm si Iouem fefellisset. Deorum iniurias diis „ curæ, quæ omnia nihil sanè pietatis habent. „ Quinimò hoc iuramentum, quod promissorium vocant, ciuili iure adeò omnibus viribus doctores nostri destitutum arbitrantur, vt nec si adiiciatur in confirmationem pacti nudi, aliquid prodesse existiment. Et ita si tibi decem nudo pacto promisero, idque iureiurando confirmauero, non ideo magis actio orietur, quàm si nudo pacto iuramentum adiectum non esset. secundùm *Bart. in ista l. Si quis pro eo, colum. penult. vers. 6. dixi.* quem sequitur *Salicet.* dicens communiter approbari in *d. authent. Sacramenta puberum.* vbi *Cornel. in repetit. qu. 13.* defendit & *Alciat. in c. cùm contingat, num. 113. de iurand.* qui dicit communiter teneri, quòd manifestè ostendit iuramentum nec naturalem, nec ciuilem obligationem producere. Nam si ciuilem produceret, iuncta cum obligatione naturali, quæ in pacto inest, perfecta omnibus suis partibus esset obligatio. Si naturalem produceret, idem esset, cùm duplex obligatio naturalis actionem producat. vt in *l. final. C. ad l. falcid.* tradunt recentiores: *Ias. in l. si pact. quo pœnam, C. de pactis, & Deci. num. 9. in l. legem quam dixisti, eod. tit. Galli. in rubr. num. 19. ff. de verb. oblig. Fortun.* latè in *c. prim. extrau. de pact. num. 36.* facit text. in *§. de constituta, instit. de actionib.* 3

Sed hæ doctorum opiniones adeò absurdæ sunt, ne dicam impiæ, vt à sensu communi abhorreant, & hoc vltimum falsum esse ex eorum dictis clarè deducitur. nam si decem tibi pacto nudo promisero, idque iuramento confirmem, magis hoc iuramentum confirmatorium (vt vocant) quàm promissorium erit, quod secundùm ipsos, doctorum contractus aliàs inutiles, firmos reddit. Adeò vt actionem producere possint, post iuramentum, quam antè non producebant. vt in *authent. Sacramenta puberum, C. si aduers. vendit.* Quare autem in proposita specie idem non sit, ego non video, multo enim firmior, & validior est illa obligatio naturalis, quæ ex pacto producitur, quàm illa, quæ ex contractu minoris, sine solennitate celebrato oritur: cùm illa, non hæc repetitionem impediat, illa perfectum consensum, & naturalem vim habeat: hæc ab infirmi iudicij homine facta sit, illa verò à natura perfectè, & consensu perfectissimo sit producta. ideoque si minor soluat, repetere potest, sed si maior, quod pacto nudo promiserat soluat, non repetet, vt in *l. quod pupillus, ff. de condition. indeb. & l. naturaliter, eod. tit. & in l. 1. ff. de noua.* 4 *Noua opinio quod ex iuramento datur actio.*

Sed

5 *De iuramẽto promissorio.* Sed & in mero iuramento promissorio etiam doctores ipsi errant. Nam iure ciuili, & naturalem, & ciuilem obligationem producit, & si ex seipso iuramentum ita inutile esset, & inualidum, vt nullas vires nec ciuiles, nec naturales haberet, adiectum in confirmationem inutilis contractus, quomodo posset tales vires tribuere, quales doctores, & leges ei tribuunt in *authent. Sacramenta puberum, C. si aduers. vend. & in l. si quis maior, C. de transaction.* Si enim vt doctores volunt iuramentum de se solius pollicitationis vim obtineret. vt *Bartol. hic in ista l. Si quis pro eo, colum. 2. in fin.* quæ pollicitatio, nec ciuilem, nec naturalem obligationem producit, vt in §. *alteri, instit. de inutil. stipul.* ibi, Nihil agit.] & in *l. si ita stipulatus, in §. Chrysogonus.* ibi, Nullam obligationem,] *de verbor. obligat. Bart. in l. si vnus, §. pactus ne peteret, colum. 5. num. 16. ff. de pactis.* numquam inualidum posset confirmare contractum, cùm etsi mille pollicitationes contractui inualido adiiciantur, nullas vires ei conferent. apparet ergo iuramentum ipsum, maiores vires quàm doctores existiment, ex seipso habere, vt in *regul. iur. nemo plus iuris.*

6 *In iuramẽto inest cõsensus.* Sed vt clariùs ostendamus opiniones doctorum supradictas esse falsas, imprimis manifestissimè apparet, si mihi te decem daturum iures, consensum hic inesse, cùm ambo idem sentiamus, vt decem te mihi daturum obligeris. Ergo oritur obligatio naturalis, vt in *l. prim. ff. de pactis, & in l. cum ampliùs, in §. is natura debet, ff. de regulis iur.* & ideo quòd oriatur naturalis obligatio dubium non est, vt etiam *Innocent. suprà allegat.* admittit, & *Anton. dicto capit. cum contingat.*

Vide Couar. in c. Rainaldus. §. 3. nu. 30. in vers. 4. in fin. Ex quo certum est, quòd opinio Bart. quòd pactum nudum iuramento non firmetur, falsa est, vt bene contra Bart. tenet *Abb. in d. c. cùm contingat, num.* 31. aliqui ex recentioribus in *rubr. de verb. oblig. post Cuman. Roman. & Alexan. & Fort. in c. 1. de pact. n.* 28. vbi etiam *Felin. col. 2.* Quia cùm sit duplex obligatio naturalis, vel duplex pactum, oritur ex eis vtraque obligatio, & ciuilis & naturalis, vt suprà dictum est, & hoc nullam dubitationem habet: quinimò quod ex iuramento promissorio solo, vtraque obligatio & ciuilis & naturalis oriatur, & iure ciuili actio producatur, verius est, vt ex sequentibus apparebit contra doctores.

7 *Verba iurandi apta sunt stipulationi.* Primò si per stipulationis formam iuramentum concipiatur, dubium non videtur, eam oriri si quis ita stipuletur, Iuras per Deum te mihi daturum decem, tu respondeas Iuro per Deum me tibi daturum decem, cùm stipulationum verba non sint limitata, sed quælibet, quæ obligandi consensum ostendant, ad hoc apta sint, vt in *l. omnes, C. de contrah. stipul. & in d. §. Sed hæc solennia, instit. de verb. obligat.* Et hoc videtur voluisse *Vlpian. in l. & per iusiurandum, in princip. ff. de acceptila.* iunct. text. in §. *Item per acceptilationem, vers. quo genere, instit. quibus mod. tolli. oblig.* quòd si non stipulationis forma adhibeatur, sed si in vim pacti iuramentum promissorium conceptum sit, idem erit dicendũ, quòd de iure ciuili actionem producat, ad quod sunt leges expressæ, quæ probant istam opinionem: nam in *l. qua sub conditione, in §. quoties, ff. de cond. instit.* ita inquit *Vlpianus*, Quoties hæres iurare iubetur daturum se aliquid, vel facturũ, quod non improbum est; actiones hæreditarias non alias habebit quàm si dederit, vel fecerit, id quod erat iussus iurare. mortuo autem, vel manumisso Sticho, viuo testatore, qui ita hæres institutus est, si iurasset se Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione, quamuis verum sit, compellendum eum manumittere si viueret.] Idem inquit *Iulianus in l. hac scriptura, ff. de cond. & demonst.* vbi ita inquit, Quicunque hęres scriptus erit sub conditione, si iurauerit se decem daturum, aut monumentum facturum, quamuis verbis edicti ad hæreditatem, vel legatum admittatur; tamen compellitur facere quòd facturum se iurare iussus est, solo iureiurando remisso.] Et *Caius in l. non dubiũ, §. 1. ff. de lega. 3.* vbi inquit, Hęres quoque, cui iurisiurandi conditio remittitur, legatum & fideicõmissum debet.] Ecce text. expressos vbi id, quod relinquitur sub conditione, si iurauerit daturum, vel facturum, impleri debet, & compelli id implere hæres potest. ergo iusiurandum de iure ciuili obligationem, & actionem producit: cõsequentia est manifesta. Nam quod aliquid in testamento præcipiatur, non mutat præcepti naturam, exempli gratia. Si testator in suo testamento domum vendere hæredem Titio præcipiat, non mutat istud præceptum emptionis, vel venditionis naturam. nam pretio interueniente iusto fieri debet. text. est in *l. si fideiussor. in §. meminisse, ff. de legat. 1.* Meminisse autem, inquit *Iulianus*, oportet eum, qui damnatur fundum vẽdere, non gratis damnari hæc facere, sed solùm vt vendat vero pretio.] Et ideo huiusmodi contractus ob præceptum testatoris gestus, actionem ex empto producit. vt in *l. si hæres, ff. de action. empt.* Et eãdẽ exceptiones admittet, vt §. *si quis iurauerit,* quem statim allegabo. Si enim vnus actus, qui habet propriã formam, vel naturam, incidat in alium actum, non perdit ex hoc suam formam, vel naturam: sicut de contractu facto in testamẽto dicimus, *in l. Hæredes palam, in §. 1. super glos. ff. de testament.* nam si quis iuramento delato rem sibi venditam esse iuret, actione ex empto agi poterit. tex. nntab. in *l. si duo patroni, in §. si quis iurauerit, ff. de iureiurand.* Vbi ita inquit *Vlpianus*, Si quis iurauerit me vendidisse ei rem centum, ex empto agere poterit, vt ei cætera præstentur, id est, vt res ei tradatur, & de euictione caueatur.] Et ita singulariter per illum text. inquit *Bart. in l. Omnes populi, col. fin. in princ. n. 66. de iustit. & iur.* vbicunque disponitur formiter, ius & actio oriuntur ex illo iure formato. *Idem Bart. in l. de quibus, in lectura. col. penul. & in repetit. 8. col. num. 19. ff. de* 8 *De intellect. l. qua sub conditione, in §. quoties, ff. de condit. institut.*

legib. Idem Bart. in l. 1. col. fin. ff. de public. iudicijs. Sic si testator iusserit, hæredem suum Titio cẽtum nudo pacto promittere, nemo dixerit, impleta voluntate testatoris ex pacto illo actionem oriri; multo minus si per pollicitationem id promittere iusserit. non enim præceptum defuncti actus naturam mutat, aut formã, vt probatum est. pactum enim suas vires non egreditur, nec stipulationis vicem obtinet, etiam si ex voluntate testatoris interponatur, vt in *l. si quis reum, & in l. in quarta, §. nunc de effectu, ff. de liber. leg.* Si ergo hæres iurare dare decem grauatus, compelli ad soluendum potest, ergo ex iuramento & actio & obligatio oritur, vt in *princ. institut. de obligat. & institut. de actioni.*

Iterum de intellectu d. l. quæ sub conditione. Quinimò quod fortius est, remisso iureiurando per prætorem (iure enim prætorio necessitas iurandi imposita remissa est, vt dictis legibus expressum est, & in *dict. leg. quæ sub conditione, in principio*) necessitas soluendi, quæ sub illo iuramento inerat, præseruatur. non enim Prætor voluntatem testatoris in effectu mutare voluit, nec debebat: nec diceretur exonerasse hæredem cuius gratia remisit iuramentum, sed grauasse, si prius ante remissionem iuramenti à prætore factam, implere quod iurauerat non tenebatur hæres, & plus posset iuramentum remissum, quàm præstitum, quod esset ridiculum, vt *l. filio quem pater. ff. de liber. & posthum.* Necenim mutatur obligationis natura, sed habetur ac si iurasset, & ideò factum ipsum implendum non sub conditione,

Contra gl. sed sub modo remanet. Licet glos in *§. fin. dict. l. quæ sub conditione*, subrogari conditionem faciendi, vel dandi velit, scilicet vt si quis institutus sit hæres sub conditione, si iurauerit se decem daturum, remisso iureiurando à Prætore, videtur institutus, sub conditione si decem dederit, quod falsum est.

Primò, quia non decem, sed iusiurandum in conditione impositum fuit, vt in *l. si quis ita libertatem in §. qui ita liber.* vbi *gloss. ff. de statu liber.* Item quia, vt optimè animaduertit *Acosta* qui (post *Bened. de Plumbin. in d. l. si quis libertatem, ff. de manu. testament. & Cuman. dict. §. quoties & Suci.* quos ipse refert) *in libr. 1. Selectar. interpr.*

Opin. Cumana approbatur. *capit. 10. numer. 6.* tenet istam partem. nam si conuerteretur in conditionem, Prætor non sequeretur testantis dispositionem, qui cum instituit Titium sub conditione, si iurauerit se decem daturum, voluit esse hæredem antequam daret, quia non posuit conditionem dationi, sed iuramento, ergo vt datio remaneat iuxta testatoris voluntatem, non erit datio in conditione, sed modo. Et hoc patet quia legatum transmittitur remisso iuraméto, vt *d. l. §. si.* ideo pura, non conditionalis est dispositio, quidquid glos. ibidem dicat. Item tertia ratione, cui credo quod nemo poterit respondere: quia si conuerteretur in conditionem, non posset hæres compelli id implere, quia quæ sunt posita in conditione non debentur, vt in *l. si quis sub conditione, ff. si quis omis. caus. test.* sed textus in *d. §. quoties*, dicit compellendum hæredem implere. inquit enim text. Mortuo autem vel manumisso Sticho, viuo testatore, qui ita hæres institutus est, si iurasset Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione, quamuis verum sit, compellendum eum manumittere, si viueret.] Idem probatur in *d. l. non dubium, §. hæres.* vbi inquit *Caius*: Hæres quo que, cui iurisiurandi conditio remittitur, legatum & fideicommissum debet.] Ergo apparet manifestè non esse conditionem, sed modum.

Nec aliquid facit quod textus *dict. §. quoties.* appellet conditionem, primò quia verum est, quod conditione videbatur defectus, quia nec verè iurans poterat manumittere seruum iam defunctum, quod iuramentum erat in conditione. Vel potest dicere, nihil facere appellationem conditionis, cùm non verba tam faciant conditionem, quàm mens, vt si præcedere grauaminis implementum debeat, conditio sit; si subsequi, modus, etiamsi conditionis nomen ei imponatur, vt in *l. quoniam asseueras, C. de rerum permutat. Bartolus in leg. quibus diebus, in §. Termilius, numero 3. 2. columnu. ff. de conditionib. & demonstrationib.* plures leges & doct. allegat *Tiraquel. in tract. de retract. 2. p. §. 2. gloss. vnic. numer. 76.* Sed in *dict. leg. hæc scriptura.* prius est hæres, quàm id quod sub iureiurando impositum est ad impleat. ergo modus est non conditio.

Vel clariùs, in conditione iurisiurandi de dando decem, duo possunt considerari. primum actus ipse iurandi, & hic actus in conditione positus est, secundum id quod iuratur, & hoc non est in conditione, sed est necessitas, quæ sequitur ex iuramenti præstatione ad dandum id, quod se daturum iurauit. datio igitur non sub conditione posita est. nam si non esset remissum iuramentum, iureiurando ipso sine datione impleta conditio esset, & statim ante quàm daret hæres esset, quia non decem, sed iusiurandum in conditione positum est, vt in *dict. leg. si quis libertatem, in d. §. qui ita.* ob religionem itaque iuramenti necessitate sublata, vires, quas iusiurandum ipsum inducebat, præseruauit Prætor, ideò obseruare modum ac si iurasset compellitur: ergo iuramentum obligationem, & actionem producit. *Conditionis nomen qualiter sumatur.*

Quare autem prætor iurandi necessitatem remiserit ponit *Vlpian. d. l. quæ sub conditione*, vbi inquit, Cùm enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alij perquam timidi metu diuini numinis vsque ad superstitionem, ne vel hi, vel illi, aut consequerentur, aut perderent quod relictum est, Prætor interuenit.] Tempore Vlpiani forsan erant multi similes Cliniæ Pythagorici, quem, cùm mulctam trium talentorum iureiurando vitare potuisset, maluisse persoluere pœnam, quàm iurare perhibent, vt *diuus Basilius* eum laudans refert, *in lib. quomod. ex lib. gen. profic. poss.* & ex nostris 9 *Hoc prosequitur D. Chrys. in hom. ad pop. Ant. 4. in fine, & 5. 6. 7. 8. 9. 14. 17. & 28. de quo videlatissimè Six. Senens. in Bibl. san. l. 6. anno. 25. & 26.*

nostris *Alciat. lib. 8. Parerg. c. 2.* Et *Isocrat. in paræn. ad Demonic.* inquit, Pecuniæ causa ad nullius Dei numen iures, etiamsi liquidò id facere possis, ne aliis periurus, aliis auarus esse videaris. Iuramentum enim per se non est appetendum, quia non est religio nisi supposita necessitate, imò ea cessante est cōtra religionem.] Nam, vt bene inquit *Dominic. de Soto in materia iuramenti*, legitima iuratio est religionis cultus, vana verò est religionis contaminatio. vnde *Augustinus*: Quapropter qui intelligit non in bonis, sed in necessariis iurationem habendam, refrenet se quantum potest, vt non ea vtatur, nisi in necessitate.] De hoc *Augustinus de serm. Domini in mont. & contra Faust. Manich.* vt pudere nos deberet in quolibet contractu de rebus leuissimis iuramentum [illegible] passim interponere: adeò vt non iuramentum solum, sed & periurium veniat iam in contemptum, vt non sit solus Autolycus Vlyssis auus, quem furto, & iureiurando multum valuisse antiquitas refert. hæc enim germana sunt, & inter se coniunctissima.

Homer. Odyss. 19. & Plat. 1. de Repub.

Sed vt reuertamur, vnde digressi sumus, negari non potest in *sup. d. legibus.* esse text. expressos, quibus apertissimè ostenditur, actionem oriri ex iuramento. Quòd si quis instet, id speciale in vltimis voluntatibus esse, quod text. in *§. in fideicommissis eiusdem l. quæ sub conditione*, id apertè velit, vt eleganter defendit *Acost. lib. 1. Select. interpretat. c. 10. num. 8. contra gloss. & alios.* Respondebo id verum esse, vt conditio iurisiurandi remittatur, sed vt ex iuramento obligatio & actio oriatur, nihil esse speciale in vltima voluntate, quæ vt diximus formas obligationum non immutat. Et hoc etiam probatur expressè in *l. seruum, ff. de manu. testam. in fin.* vbi ex iuramento obligatio, & actio oritur. facit etiam textus in *l. cùm quis decedens, in §. codicillis, ff. de legat. 3.*

Opin. Acosta.

11 Quæ omnia ex eo maximè suadentur, quia de iure ciuili iuramentum est omnino seruandum, quando si quis non seruaret, incideret in periurium: textus est *C. si aduers. vendit. l. 1.* ibi, Neque perfidiæ, neque periurij me auctorem tibi futurum sperare debuisti.] Sed clarum est, quòd si quis se decem daturum iuret, si non soluat, incurrit periurium, de quo nullus dubitat, & probatur in *l. si duo patroni, in §. fin. ff. de iureiurand.* ex eo maximè, quia iurans aliquid in futurum, & non obseruans, & periurus, & infamis est: licet iurans falsum in præteritum periurus tantùm, non etiam infamis habeatur, vt [illegible] *gloss. ff. de iis qui notantur infamia, in l. Lucius* [illegible], *& 6. q. 1. c. quicunque*, de quo latè *Felin. post alios. ibid. extra de testibus. c. testimonium, col. 5. nu.* 2[illegible] *in sequ. ubi. per Iason. C. de transact. l. si quis maior post Bald. rubr. de iureiurando.* ex qua ratione satis patet iuramentum promissorium de iure ciuili seruari debere, & per consequens actionem & exceptionem producere, vt *ff. de acquirend. rerum domin. l. statuas.* cum his quæ tradit *Bartol. ff. de condit. ex lege, in l. 1. & in authent.*

Franc. Sarmientus.

Sacramenta puberum, colum. final. C. si aduers. vendit. & ff. de pact. in l. iuris gentium, §. prætor ait, & ff. si quis ius dic. non obtemper. in l. 1. & ff. de legat. 3. in l. fideicommissar. §. interdum, & per Purpura. C. de edend. in l. 1. n. 28.

Sola difficultas remanet in respondendo ad nostrum textum *in ista l. si quis pro eo.* in quo iuramentum nullam obligationem nec ciuilem, nec naturalem producit secundùm doctores, cùm non possit accedere fideiussor. Sed mirandum est, doctores in huius legis intellectu aberrasse, cùm non difficilis eius sit interpretatio, imò textus pro contraria parte adduci poterit; quia si iuramentum nec actionem, nec obligationem producit in ista lege, id contingit ex defectu materiæ, super qua interponitur, non autem ex defectu iuramenti, cùm idem esset si non iureiurando, sed stipulatione operas se soluturum constituisset. Quia operarum obligatio cùm seruitutem sapiat, in homine libero, & ingenuo cadere non potest, sed in liberto tantùm. textus est qui vtrumque decidit. *ff. de condit. & demonst. l. Titio Centum, §. Titio Centum*, & vbi ita inquit *Papinianus*, Titio Centum relicta sunt, ita vt à monumento meo non recedat, vel vt in illa ciuitate domicilium habeat. Potest dici non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur. Sed in defuncti libertis alio iure vtimur.] Et probatur etiam *ff. de aliment. & cibarijs legat. l. libertis quos, §. final.* Ideo in *ista l. si quis pro eo.* dicitur, quòd si quis iuret operas se præstaturum, & præstet fideiussorem, fideiussor non tenetur, si iurans ingenuus fuerit; secus si libertus sit, vt in *l. si quando, ff. de oper. libertor. in fin.* vbi, Pro liberto iurante (inquit *Pomponius*) fideiubere quemuis posse placet.] In ingenuo autem huiusmodi obligatio non cadit, quia libertatem premit per supradicta, & facit textus in *l. ob æs, C. de action. & obligat.* 12

Nouus sensus [illegible] *legis.*

Nec obstat si dicatur, quòd imò libertus iureiurando obligari non possit. Nam patronus iureiurando adigendo libertum suum in legem Eliam Sentiam incidit, vt *ff. qui & à qui. in l. final. in princip. & ff. de iure patronat. l. adigere, in princip.* quia verum est, si adigat iuramento nè contrahat matrimonium, vt ibidem, vel in aliis promissionibus extra operas, vt *ff. de oper. liber. l. vt iurisiurandi, & l. final. ff. de liberal. caus.* quia onerandæ libertatis causa impositum videtur, ideo non obligatur, vt *ff. quarum rer. actio non det. in l. 1. in §. quæ oneranda, & ff. de iure patronat. l. adigere, in §. penultimo.* Denique iuramentum ligat hominem ingenuum, præterquam in operarum præstatione, vt in *ista l. si quis pro eo, & in l. penult. ff. de obsequ. à liber. patronat. præstand.* Libertum verò solùm in operarum promissione, quia aliarum rerum promissio improbatur, vt in *dicto §. quæ oneranda*: ideo ei non remittitur conditio iurisiurandi, vt in *l. si quis libertatem, ff. de*

manu testament. seruus autem iureiurando ante manumissionem præstito non obligatur, vt factus liber in eum actio detur, vt est text. *in l. seruum testamento eo. titul.* Igitur vbi non est defectus ratione materiæ, iuramentum obligat, & sic debet intelligi *illa lex si quis pro eo.* Et sic iste text. non obstat nostræ opinioni, nam hic iuramentum non producit obligationem: quia erat defectus in materia, non autem quòd iuramentum promissorium vires nullas habeat, vt malè Doctores volunt. si enim materia non esset reproba, iuramẽtum vtramque obligationem naturalem, & ciuilem produceret, ex quibus & actio oriretur. Et ita textus hic potius probat opinionem nostram, quod iuramentum producit obligationem, nisi cadat super operatum promissione, quę in homine ingenuo legibus est improbata. & credo quòd hanc opinionem nostram, quòd iuramentum promissorium obligationem producat, si super re non illicita adhibeatur, probabunt Theologi, nam est de mente *S. Thomæ 2.2.q.89. art. 7.* Opinio autem contraria, quam doctores nostri sequuntur, est omni ratione destituta, cum & ius diuinum, & naturale, quod iusiurandum seruari præcipit, non secernat iuramentum promissiorum ab eo, quod in confirmationem adiicitur: sed procedat indistinctè, sicut & Pythagoras, Ἀθανάτους μὲν πρῶτα θεοὺς τίμα, καὶ σέβου ὅρκον. Cicero latiùs *officior. lib. 3.*

Noua huius legis inductio.

CAPVT IV.

Vtrùm filius qui consentit secundis nuptiis maternis amittat legis beneficium, circa gloss. in authent. de non eligend. secundo nubentes, verb. copulantur, col. 1. ad cap. pen. & final. extrau. de secund. nupt.

SVMMARIVM.

1. *Consensus filiorum in nuptiis matris, non eis præiudicat, contra Doctores.*
2. *Etiamsi filius procuret matrimonium matris, non sibi præiudicat.*
3. *Consensus mariti, vt mulier secundò nubat, non præiudicat, nec excusat mulierem, nec mutat ius.*
4. *Lucrum, quod defertur filiis primi matrimonij, magis rei persecutionem, quam pœnam continet.*
5. *Vtrùm diuisio inducat renunciationem.*

QVæstio vulgaris est, vtrùm filij, qui consentiunt matrem transire ad secundas nuptias, amittant vtilitatem, quæ sibi defertur à lege propter easdem matris nuptias, ex *auth. ex testamento, & l. fœmina, & aliis legibus C. de secund. nupt.* quod Doct. probent moti authoritate glo. in verbo Copulantur. in *auth. de non eligendo secund. nubent. collatio. 1.* quæ gloss. dum textus loquitur de pœnis, quæ mulieribus, quæ secundò copulantur per legem in fauorem filiorum, imponuntur, inquit glo. copulantur inuita filia, quasi glossa velit, quod si volente filia matrimonium fiat, non est quod filia possit obiicere matri, nec contra eam aliquid de pœnis secundò nubentium vindicare, cùm facto, & voluntate sua exclusa videatur. argument. text. *ff. de bon. poss. contra tabul. in l. Non putauit. §. si quis sua manu.* cum multis quæ cumulat *Tiraquel. in tract. de vtroque retracta. in 1. part. in §. 1. glos. 9. nu. 135. cum multis sequentib.* nec enim volenti, seu consentienti aliqua fit iniuria, vt *ff. de iniur. in l. 1. in § adeò.* & per istas rationes Doctores tenent illam opinionem, *Ange. ibi, Bal. & alij,* quos refert *Dec. ff. de regul. iur. in l. nemo fraudare, & in rubric. C. de secundis nuptiis. si solum. idem Decs. consil. 87 lib. 2. & consil. 206. & 137. nu. 6. & 620. nu. 5.* vbi alios allegat: & latè *Boer. decis. 185. nu. 20. & P. Paris. consi. 29. nu. 82. volu. 3.* latissimè *Ioan. de Garroni. in dicta rubr. C. de secund. nup. 2. parte.* late *Anton. Gabriel. in libro 3. com. n. conclus. titu. de secund. nupt. conclusio. 1. nume. 33. cum sequentibus.* Ex quibus doctoribus etiam colligitur idem esse, siue ille consensus colligatur tacite, siue expresse. argu. *institu. de iniuriis, in § omnis.* siue ab initio, siue postea subsequatur, vt latè *Boer. dict. decisio. 185. nu. 22.* qui aliquid videtur titubare, sed non satis assequitur veritatem, sicut nec doctorum aliquis est assecutus.

Doctorum opinio, vt consensus filij noceat sibi.

Consensus tacitus idem efficit quod expressus.

Non enim video qua ratione filij, qui secundis nuptiis matris consenserunt, à lucro quod eis à lege defertur, ita temerè sint repellendi. quid enim filij cõmiserunt, qui, si matris nuptiis consenserunt, fecerunt id, quod iure diuino, & humano facere debuerunt: matrimonio enim, quod Apostolus approbat, ius canonicum amplectitur, ius ciuile non impedit, consenserunt: quòd si tanquam impij voluissent impedire, id efficere non potuissent. Ideò intrat regula per nostros tradita, quod qui non contradicit actui, qui eo inuito geri potest, nullum sibi parat præiudicium. *ff. de pigno. actio. in l. Caius cum ibi not.* lat. *ff. solut matrimo. in l. quæ dotis. per Dinum in cap. is qui tacet. de regul. iur. li. 6.* & latiss. *Tiraquel. tract. de vtroque retract. in 1. part. §. 1. in gloss. 9. num. 146. cum sequentib. plur.* vt mirum sit, doctores prædictos velle præsentiam filiorum in dicto matrimonio sibi præiudicare, vt beneficio legum de secundis nuptiis vti non possint. 1

Rursus fingamus filium expressè consensisse nuptiis, maturum for an matri quæ(?) m. trimonium procurasse, honori suo consulit filius, malens matrem ad secundas nuptias transire, quàm vt in familia suæ dedecus luxurietur: quid peccauit filius Dei, & matris, & suo honori consulens, & opera misericordiæ in hoc exercens: vt *extrau. de sponsal. c. inter opera charitatis.* An ex hoc iure suo, & bonis sibi à lege delatis erit priuandus? Facit text.

text. in *l. ibi quidem. ff. quod metus cause. & in l. vista. ff. de manu vindic. & in l. Miles. in §. socer. versi. quaero. ff. ad l. Iuli. de adulter*, quo fit vt etiamsi expresse nuptiis consenserit, sibi non praeiudicauerit. Quod si consensus sibi etiam tacitus noceret, vt doctores volunt, nunquam legibus de secundis nuptiis locus esset, nisi vbi expresse filius impie contradixerit, & matris nuptias (cuius semper honesta, & sancta persona filio videri debet.) vt inquit *Vlpianus in l. liberto. ff. de obsequ. parent. & patrono praest.*) litigiosis testationibus violaret, atque pollueret, vel esset omnino ignorans. Et hoc etiã appareret, quia semper vbi filius contrahit matrimonium, videtur de voluntate parentum contrahere, & per contrarium vbi parens contrahit, videtur de volũtate filiorum hoc facere, vt in *l. in sponsalibus, in fin. & l. sed quae patris. ff. de sponsalib.* not. per *gloss. ff. de condit. & demonstrat. in l. heres meus, in §. final.*

3 *... matri non ..., contra doctores.* Ex supradictis etiam putarem contra eosdem doctores, idem esse si voluntate mariti etiam expressa, vel in testamento, vel alias vxor ipsius nuberet, existimans forte (nullus enim domesticorum rerum, vel actionum, vel vxoris suae morum, plus scire potest, quàm maritus) hoc expedire honori suo, & vxoris; certe non ex hoc dicendum est recessum esse à legibus, quae de secundis nuptiis loquuntur: licet doctores contrarium velint, vt per *dictum Ioannem de Gatton. in l. 1. C. de secundis nuptiis, & Anton. Gabriel. lib. 3. commun. concl. tit. de secund. nupt. conclus. 1. num. 19.*

... loquentium de secundis nuptiis. Non obstat ratio allegata in contrarium, quod non fit iniuria volenti, & consentienti: ideo poena cessare debet, vbi non fit iniuria, quia falsum est hoc esse inductum in poenam ob iniuriam, sed quia aequitati naturali, & rationi consonum est, vt bona laboribus prioris viri quaesita, non cedant in vtilitatem vitrici, vel eius filiorum, sed reseruentur filiis alterius matrimonij prioris; quod etiam extra istam materiam obseruari alias solet in successionibus, vt bona quae ex vno stipite venerunt, successoribus illius stipitis reseruentur. *C. de bon. quae lib. l. Quod scriu, cum ibi notat.* secundum intellectum Bart. de quo alibi dicemus. Ideoque non in poenam, sed ob id quod interest ratione naturali est id inductum.

Quod patet, quia de iure canonico sunt sublatae poenae, quae imponuntur secundo nubentibus per leges ciuiles, tanquam inique punientes actum iure diuino permissum, & expresse approbatum ab Apostolo, vt in *cap. final. extrau. de secund. nupt. & c. penult.* & tamen ipsi
4 doctores fatentur leges, quae propter secundas nuptias deferunt lucrum filiis primi matrimonij, non esse correctas per dictos text. vt volt *Innoc. Abb. & alij dict. c. fin.* & est communis opinio secundum *Deci. in dict. rub. C. de secund. nupt. colum. penult. & Anton. Gabriel. lib. 3. commun. conclus. tit. de secund. nupt. conclusion. 6.* vbi allegat plures doctores. Ergo non propriè poenae dici possunt per supradicta, sed impropriè, vel mixtae, cum rei persecutione, adeo vt mortuo filio, eius filij hoc ius prosequi possint. *C. de secund. nuptiis, l. in quibus.* Quod si esset mera poena ratione iniuriae, non transiret ad haeredes, vt latè per *Anton. Gabriel. de communib. opin. lib. 7. tit. de criminal. conclus. 35.* Et facit *inst. de perpet. & temp. action. §. non autem, versic. excepta.*

Et ex *dict. l. in quibus.* colliges, quod silentium filij, etiam vsque ad mortem, non tollit ius sibi ex dictis legibus competens, contra praedictos doctores, quod non esset si respiceret vindictam, vel poenam, vt *C. de reuocand. donat. l. his solis.* Maximè cum iure canonico in contrahendis secundis nuptiis nulla praesupponatur culpa, ideo merum erit interesse quod dicitur, vel damnum, atque in foro conscientiae tenebitur mulier haec filiis restituere, ex his quae tradit *Deci. in cap. quoniam contra, de prob. numero 31. post Abb. ibidem*: secus autem esset in poena, vt notatur in *cap. fraternitas 12. quaest. 2.* de quo infra dicemus lib. 3. Denique nisi filius expresse dicat, se matri remittere ius sibi competens ex dictis legibus, sicut glossa exemplificat de viro. *in authent. de nupt. col. 4. in §. 1. in gloss. verbo, siue vir.* non puto ex solo consensu matrimonij induci remissionem, siue sit consensus matrimonij tacitus, siue expressus, siue fuerit auctor matrimonij per supradicta.

Quinimò si à testatore adijceretur haec conditio filio, vt si secundis matris suae nuptiis consentiret, aliquid amittat; tanquam turpis ea conditio & discordiam inter matrem & filium inducens esset reijcienda, vt in *l. reprehendenda, C. de institution. & substitution. l. 1. in fin. C. his, quae poen. nomine relinq. & in l. conditiones 1. & 2. ff. de condit. instit.* quanto minus nullo praecedente testatoris praecepto, nulla lege vel ratione hoc exigente, debet filius ad has turpes contradictiones induci. nec enim hoc lege cautum, nec caueri posse existimo, esset enim & iuri naturae, & sacris canonibus contrarium. Nam sicut leges, quae secundis nuptiis poenas inferebant tanquam iniquae, sunt sublatae, ita etiam illae poenae, quae imponerentur illis, qui ipsis nuptiis consentirent. Ad quod optimum argumentum colligitur ex *Papiniani responso, in l. heres meus, in §. final. ff. de condi. & demonstra.* & quae ibi eleganter scribit *Raphael Cuma.* cum multis quae optimè ponit *Emanuel de Acost. in repetit. l. cum tale, in §. si arbitrat. 9. ampliation. ff. de condit. & demonstration.* Item si impedire tales nuptias esset impium, vt suprà probatum est, ergo eisdem consentire nulli debet afferre damnum, ne ex pio facto poena iniquè inferatur: quis enim ferat mulierem, vel eius haeredem dicentem, Cur eius nuptiis non contradixit filius, sed consensit? vt in simili specie inquit *Vlpian. in l. si extraneus, ff. de iure dot.* *Singularis interpretatio.*

An autem diuidendo bona paterna cum alijs fratribus, & matre, nulla facta de his mentione, videatur legibus de secundis nuptiis re- 5 *De diuisione facta cum matre.*

 nunciare

nunciare filius, quia hoc non respicit matrimonij approbationem, sed solùm respicit bona, non est materia nostra, sed text *ff. de verbor. obligat. in l. qui Romæ. in §. duo fratres*, quando per diuisionem videatur quis iuri suo renunciare, vt ibidem latè doctores, & plures quos refert *Anto. Gabriel. de commun. conclus. lib. 4. titu. de fideicommiss. conclusione 1. per totam*: latè per *Deci.* in terminis nostris, *consil. 206. per totum*: & facit tex. *ff. de proba. l. Procula magna*. nullum enim ius speciale habet ista materia: ideò ad generales regulas est recurrendum, & secundùm diuersas species iudicandum. Et vt sæpissimè *Scæuola* inquit, facti seu voluntatis, non iuris quæstio erit. Vide quæ dicemus infrà lib. 3. in cap. 10. in fine.

Donatio nō leuiter præsumenda.

Cauendum tamen maximè est, ne temere ex leuibus coniecturis donationis præsumptio inducatur, quæ nisi manifestissimè appareat, excludenda est, vt iura sunt notissima, & vsus hoc maximè ostendit; cùm benefacientes & donantes non soleant sequi Euãgelii doctrinam, imò soleant tuba canere, & verba magnifica ponere, & superbè ostentare, tantùm abest, vt sub silentio, & verbis generalibus donasse videantur. Hæc autem omnia, quæ de filio, & matre dicta sunt, & de patre sunt intelligenda, cùm materia de secundis nuptiis, & leges earum vtrique parentum sint communes, vt in *l. hac edictali, & l. in quibus, & l. quoniam, C. de secund. nupt.* Pietas enim parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, æqua debebitur,] Inquit *Vlpian. in l. furiosæ, ff. de cura furios.*

CAP. V.

De intellect. text. in l. Si vxor, in §. Diuus, ad l. Iuli. de adulter. & de legitimatione filiorum per subsequens matrimonium, ad cap. Tanta, qui sint legitimi.

SVMMARIVM.

1. *Cùm muliere desponsata committitur adulterium, & latissimè de intellect. l. si vxor, §. Diuus, ff. ad l. Iul. de adulter.*
2. *Etiamsi non violetur thorus, sed spes thori, committitur adulterium.*
3. *Per fornicationem dissoluuntur sponsalia, & committitur maius peccatum simplici fornicatione, cuius circunstantiam peccans debet confiteri.*
4. *Soluuntur sponsalia, quoad eum, qui castitatem seruat.*
5. *Renunciatis sponsalibus non committitur adulterium.*
6. *De intellect. l. Miles, §. quærebatur, ff. de adult.*
7. *Filius monachi nondum professi, & clerici beneficiati, in minoribus constituti, non est naturalis.*
8. *Confessio instrumentorum non est necessaria ad legitimationem, per subsequens matrimonium.*
9. *Prædicti suprà num. 7. non legitimantur per subsequens matrimonium.*
10. *Status parentum considerari debet tempore conceptionis, & de intellect. l. Paulus, ff. de statu hom.*
11. *De intellect. §. sufficit institut. de ingen.*

1 *De intell. l. si vxor. §. Diuus. ff. de adulter.*

QVæstio est apud nostros non parum controuersa, vtrùm sponsa, quæ nondũ contraxit matrimonium, possit, si fornicetur, de adulterio accusari, quasi de hac re non essent leges expressæ. Nam *Vlpian. in l. si vxor, in §. Diuus Seuerus, ff. ad l. Iul. de adult.* hanc controuersiam dirimit, qui loquens de adulterio, ita inquit, Diuus Seuerus & Antoninus rescripserunt, etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecunque, nec spẽ matrimonij violare permittitur.] Quod etiã probatur in §. *si minor, in ead. lege*, sensit gloss. *in c. quemadmodum, extr. de iureiur. & Alber. in l. Miles, §. quærebatur, ff. de adult. post gloss. & Oldrad. ibi Abb. & Præposit.* probant idem in *c. discretionem, de eo, qui cogn. consang. vxor. suæ.* vbi est glos. contraria, quæ non est vera. Et licet *Didacus Couar. à Leiua.* vir tum moribus & virtute insignis, tum etiam varia rerum eruditione, & iuris vtriusque doctrina clarissimus, & iure ab omnibus suspiciendus ob idq; meritissimus Episcop. Segobi. post alios quos allegat *in 4. lib. decretal. 1. parte, c. 1. n. 6. cum sequent.* defendere conetur, non committi à sponsa adulterium, sed simplicem fornicationem, adeò vt nec circunstantiam sponsaliorum confiteri teneatur. mihi tamen videntur in contrarium text. expressi in dictis legibus, quibus non potest dari congrua responsio.

Contra D. Episcopum Segobiens.

Nam quod *D. Episcopus* dicit in §. *Diuus* sponsum iniuriam illatam sibi posse vindicare, atrocem quidem, non tamen vt ea sit adulterium. non placet: quia in textu dicitur contrarium iungendo cum versiculo præcedenti, inquit enim §. præcedens, Sed & in ea vxore potest maritus adulteriũ vindicare, quæ vulgaris fuerit, &c.] Sequitur §. D. Seuerus & Antoninus rescripserunt, etiam in sponsam hoc idem vindicandum, quia nec matrimonium qualecunque, nec spẽ matrimonij violare permittitur.] Ecce text. qui hoc clarè dicit, quia si esset sponsa de præsenti, non spes esset matrimonij, sed verum matrimonium, vt in *l. nuptias, ff. de regul. iuris.* Et cõsidera quòd ponitur ratio ad vtrumque §. quod enim dicit, Quia nec matrimoniũ qualecunque.] Ista ratio ad §. *Sed & in ea*, refertur. Quòd verò dicit, Nec spem matrimonij,] est ratio ad §. *Diuus*. qui loquitur in sponsalibus de futuro, quæ spes matrimonij dicuntur, vt *ff. de sponsal. per tot.* apparet: iste intellectus probatur in *dict.* §. *minor.* qui rescriptũ d. Seueri de quo d. §. *Diuus*: refert, vbi *Vlpianus* inquit, Si minor duodecim annis in domum deducta, adulterium commiserit, mox apud eum ætaté excesserit, cœperitque esse vxor, non poterit iure viri accusari ex eo adulterio, quòd in minori ætate antequam nupta esset commisit. Sed quasi sponsa poterit accusari ex rescripto Diui Seueri, quod suprà relatum est. Ad quem text. intellectus positus per D. Episcopum, quòd ibi ideo contra sponsam de adulterio agi potest, quòd traducta sit, vel vt gloss. in *l. Miles, §. quærebatur*, voluit, carnaliter cognita, non potest defendi, quia ille text. in eo solo fundatur, quòd sponsa sit, & ad hoc allegatur ibi rescriptum Diui Seueri, in quo nulla traductio seu copula est necessaria, vt sponsa dici possit, & ita in §. *minor.* adulterium vocatur commissum ab sponsa

de

de futuro, & in §. *Diuus*. est expressum, maximè si coniungatur cum §. præcedenti, cuius dispositionem ampliare intendit, adaptandò rationem ad vtramque speciem. quod enim dicit Vt matrimonium qualecunque violare nõ liceat, ad mulierem vulgarem pertinet; & quod Neque spem matrimonij, sponsam respicit, vt dictum est.

Alius intellect. dict. l. vxor. qui reprobatur.

Nec placet nunc intellectus, qui mihi quondam placebat, quòd in §. *Diuus*, detur accusatio non ratione adulterij, sed stupri, vt in principio l. de concubinatu dicitur, quia verba text. clara sunt, quæ cauillari non possunt, cùm vocetur adulterium ibi, & in §. *si minor*, quod non fecit in principio legis, & quia, vt statim dicam, est text. expressus in *l. 1. ff. de his qui not. infam.* & est etiam expressum in *l. propter violatam, C. ad l. Iul. de adult.* cuius verba sunt, Propter violatam virginem adultam, qui postea maritus esse cœpit, accusator iustus non est, & ideo iure mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa eius fuerat.]

2 Nec obstat, quòd non possit dici adulterium, cùm per fornicationẽ non violetur thorus, qui nondũ est, quia sufficit, vt spes iusta thori violetur, vt *d. §. Diuus, & gloss. dict. l. propter*. quæ spes vinculum inducit, donec vel alio matrimonio, vel repudio dissoluatur. *ff. de diuor. & repud. l. 2. §. in sponsalibus*, vt infrà dicemus: quæ dissolutio, etiam per legitimum cum alio matrimonium, non fit sine delicto: cùm ieiunium quadraginta dierum in pane & aqua, & septem annorũ pœnitentia imponatur illi, qui cum alterius sponsa matrimonium contraxerit, vt *extrau. de sponsal. duorum, cap. 2.*

3 Nec obstat quòd propter fornicationem sponsalia dissoluantur, vt in *c. quemadmodum, extrau. de iureiur.* Et ita dissolutis spõsalibus videatur cessare adulterium, quia fauore alterius, qui continens est, id fuit inductum, vt sponsalibus liberetur; non autem is, qui adulteratur crimine obligationem, qua tenetur, dissoluit, vt patet, quia non delinquẽtis fauore inducitur. arg. text. *in c. 1. & 2. de eo qui dux. in matrim.* & text. in *c. discretionem, de eo, qui cognouit consanguineam vxoris suæ.* ex quibus manifestè apparet opinionem

De confessione sacramẽtali.

supradicti Reuerendiss. D. Episcopi verã in hoc non videri, nec etiam in eo quod ad confessionem attinet: quatenus vult, vt nec circunstantia sponsaliorum à fornicante sit confitenda, quia etiam si non esset adulterium, tuta non esset ea opinio. nam ex sponsalibus oritur vinculum, quod nedum fornicatione, sed nec alio matrimonio legitimo, sine peccato solui licet: vt probat text. *in dict. c. 2. in 1. responso. de spons. duorum*, de quo latè *idem D. Episcopus in lib. 4. 1. parte in cap. 4.* & quod sponsus fornicans debeat confiteri se sponsum esse, patet, quia est duplex culpa, vna fornicationis, alia fractorum sponsaliorum. vt in *dicto c. quemadmodum*. Ergo id confiteri debet. Præterea frangens sponsalia nolendo implere, peccat mortaliter. vt per *d. Episcop. in dict. cap. 4. 2. col.* Ergo frangens per fornicationem, ex qua soluuntur sponsalia, vt *dict. c. quemadmodum, de iureiur.* peccat dupliciter. Item quia fornicatio talis est contraria fidei datæ. quod patet, quia soluitur illa fides, ergo augetur delictum, cùm sit fornicatio cum fractione fidei, ob quam fractionẽ, etiamsi per matrimonium fiat, imponitur pœnitentia. vt *dict. c. 2. de sponsa duorum* expressum est.

Nec obstat dicere, quòd non facit iniuriam, cùm remaneat fornicarius ipse ligatus, & ipsa libera. quia idem est quando constituit non implere sponsalia promissa, vt alter, non ipse liberetur. Item hæc libertas oritur ex iniuria. nam potest quis cum iniuria libertatem impartiri, vt *C. de latina libertate toll. l. vnic. §. sed scimus.* & iniuriam facit qui fidem sponsaliorum frangit. Sed cùm, vt dixi, adulterium vere committatur, res non habet difficultatem, & eadem ratione fornicatio monachi, etiam nondum professi, aggrauat taliter delictum, vt sit ei de hac circunstantia confitendum, idemq́ue dicendum erit de clerico in minoribus ordinibus constituto beneficium habente, vt infrà ostendemus. 4

5

Singularis interpretatio.

Istam tamen sententiam vt sponsa adulterium committat, & adulterij possit accusari, declarandam existimarem, nisi sponsa iam constituisset ab spõsalibus recedere. licet enim compelli possit ad fidem seruandam. *cap. ex literis Siluani Episcopi, extrau. de sponsal. cum concord.* non tamen hæc compulsio adeò efficax est, quin ei acquiescere non possit, ideo monenda est potius, quàm cogenda. Cùm coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere,] vt dicit tex. *eod. titul. c. requisiuit.* & declarat optimè *D. Episcopus Couarr. in dict. 1. parte, c. 4. num. 2. cum sequentib.* Constituisse autem ab sponsalibus recedere, expresè opus est, nec solo animo sufficeret, quia in mente retentus nihil operatur, vt *C. de cond. ob caus. l. si repetend.* sed ita, vt sponso constet, eam nolle cum eo cõtrahere, & quasi libellum sibi miserit, vt in *dict. l. 2. § 1. ff. de diuort. & repud. & in l. 1. C. de sponsal.* quòd si quis vtens sponsalibus, sponsam vt suam tractando, cum alia se immiscuerit, filiosq́ue procreauerit, non esse eos naturales existimo contra D. Episcopum.

De intell. leg. 1. ff. de his qui notant. infam.

Nec enim solutus dicitur, cùm eo statu durante, aliam quis habere non possit, & hoc expressum est *ff. de his, qui not. infam. in l. 1. in fin.* cui text. credo quòd nullus possit respondere. Cùm enim *Vlpianus ibidem* posuerit verba Prætoris enumerantis personas, quæ infamia notantur, inter alias cum ponit: Quíve suo nomine, non iussu eius in cuius potestate est, eiúsve nomine, quem, quámve in potestate habet, bina sponsalia, bina sve nuptias eodem tempore constitutas habuerint.] Quod intelligi debet, quando vtramque, vt sponsam habet, vel si vnam vt sponsam, aliam in vxorem, vt *idem Vlpianus* vult in *l. quid ergo, in §. quod ait Prætor, eod. titul.* vbi ita inquit, Item si altera sponsa, altera nupta sit, ex senten-

sententia edicti punitur.] Secus si renuncians primis sponsalibus, cum secunda contrahat, vt infrà dicemus.

6 *De intell. l. miles, in § quærebatur.*

Sed supradictis aduersari videtur textus in *dict. l. miles, in § quærebatur, ff. ad l. Iuliam. de adult.* vbi Papinianus inquit, Quærebatur an iure mariti posset accusare vit eam feminam, quæ cùm ei desponsata fuisset, alij in matrimonium à patre tradita fuisset. Respondi, nouam rem instituere huiusmodi accusatorem existimo, qui adulterij crimen obiicere desiderat, propter hoc tantum, quod priori sibi desponsata puella, à patre in matrimonium alij fuerit tradita.] Ecce text. in quo apertè probatur licere sine adulterij crimine desponsatam vni, alij nubere, quod est contra supradicta. gloss. ibi intelligit *dict. §. Diuus.* quando sponsa ab alio, quam à marito secundo cognita fuerat: iste autem intellectus licet sit verus, non tamen tollit penitus difficultatem, quia ab sponsa de futuro committitur adulterium contrahendo cum alio, vt suprà probatum est. Ideo ad istum §. potest ex supradictis respōdere, quòd vbi ab sponsalibus est discessum expresè, non committitur adulterium, vt in dicto §. *quærebatur*, qui expressè hoc innuit ibi, A patre tradita.] Sed vbi non discedens ab sponsalibus, sed tractans adhuc sponsum, durante isto statu, & in eo permanens, vel contrahit matrimonium, vel sponsalia, vel cum alio se coniungit, adulterij tenetur, quia eodem tempore bina sponsalia, vel sponsalia cum aliis nuptiis simul constituta habet. vt dicit in text. *dict. l. prim. in fin. ff. de iis qui notant. infam. & in dicta l. Quid ergo.* scilicet quando non separat se à priori sponso. Secus verò, quando omnino separat se ab illo, & ab sponsalibus discedit, & ita debent concordari dictæ leges vltra doctores. Multa circa §. *Diuus.* ponit *Iacob. Cuiac. in lib. 6. obseruation. in cap. 16.* sed quæ difficultates supradictas non dissoluunt. Ex his colligere potes, vinculum etiam dissolubile, dum non dissoluitur, impedite, & vim habere, quòd & ipsa natura docet. facit etiam textus in *l. non ideo minus, ff. de rei vendicat. & in l. 1. ff. de pœn. & in l. 1. in §. serui. ff. ad senatusconsult. Silania.*

7 *De clerico beneficiato & monacho nondū professo.*

Ex his infertur clarè, si monachus nondum professus filium genuerit, etiam si constituerit non profiteri, nondum tamen extrinsecis actibus habitum dimittendo, sed potiùs retinendo, filium in tali statu genitum non esse naturalem. Idemque dicendum erit in beneficiato, qui constituerit dimittere statum clericalem, si nondum dimisit beneficium, vt filius ab eo genitus non sit naturalis per supradicta: quia permanendo in eodem statu, non potest matrimonium contrahere, quod est notandum ad ampliandam doctrinam *Bart.* de qua infrà dicemus *in l. in concubinatu, de concub.* qui non tractat de hoc, quando constituit dimittere clericalem statum.

Sed præsupposito, quòd filius clerici beneficiati non sit naturalis, nec filius habentis sponsam, nec monachi nondum professi, an hi tales filij, per subsequens matrimonium legitimentur, dubium est. Nam hodie siue sit naturalis filius habitus ex concubina, siue ex alia qualibet muliere non concubina, si tamen cum ea muliere tempore quo filius conceptus est contrahi poterat matrimonium, legitimatur filius per subsequens matrimonium, per textum *in cap. Tanta, qui filij sint legitimi.* nulla solennitate iuris ciuilis seruata confectionis, vel non confectionis instrumentorum, secundùm omnes in *isto cap. Tanta.* latè *Decius* referendo alios, *consilio 155. colum. 1. cum sequentibus, Rip. l. si vnquam, quæstione 23. C. de reuocand. don.* faciunt quæ *Boer. decis. 240. numero 6.* latè *Anton. Gabriel. de commun. opin. lib. 6. titul. de legitimation. conclus. 1. versic. 4. amplia. num. 9. cum sequentibus.* Sed inter omnes prædictos matrimonium consistere poterat. Clericus enim beneficiatus non constitutus in sacris, contrahere matrimonium non prohibetur, nec monachus nondum professus. Sicut & desponsatus cum vna, si contrahat cum alia, tenet matrimonium. ergo per dictam regulam filij legitimabuntur: quod tenuit in filio clerici beneficiati *Ioan. Andr. de regul. iur. lib. 6. reg. sine culp.* quem refert & sequitur *Alber. C. de natur. liber. l. Cùm quis, & Cardin. hic,* alij plures quos allegat *D. Episcopus in 4. decretal. cap. 8. §. 2. num. 5.* vbi infert ad filium monachi genitum infrà annum professionis. Sed contrariam opinionem tenet *Bart. d. l. in concubinatu, & alij,* quos ille refert, cuius opinio mihi videtur verior, quòd prædicti filij non legitimentur per subsequens matrimonium: quia eo tempore pater eorum solutus non erat, licet solui posset, quid enim prodest effici aliquid posse, dum id non fit? & idem in omnibus speciebus supradictis, quibus diximus filios non esse naturales ratione præsentis status paterni; alioquin filium adulterinum, qualis est genitus ab sponsa adulterante, dicemus legitimari per subsequens matrimonium cum adultero.

8 (beside "rendo alios")

Defenditur opin. Bart. 9

Ex supradictis concluditur filios quoscunque à solutis genitos, pro naturalibus haberi, nulla iuris ciuilis in hoc ratione habita, & ita per subsequens matrimonium legitimari. Solutos autem eos dici, qui soluti sunt, non eos, qui solui possint: quia licet iure canonico, vt legitimentur per subsequens matrimonium non requiratur, vt sint naturales, eo modo quo naturales dicuntur de iure ciuili: requiritur tamen, vt non sint adulterini, vel ex sacrilegio, quales supradicti. Verum est quòd in monacho nondum professo est maior difficultas, quia vt vult *Siluester in verbo Religio. 5. num. 6.* non tenetur ad obseruantiam regulæ. Ideo fortè simplicem fornicationem committit, sed *Anchar.* videtur velle contrarium, quòd teneatur obseruare regulam *in consil. 69. num. 7. in fin. & Cardinal. Turrecremat. in summa 91. d. 9. quæst. num.*

num. 14. qui volt quòd teneatur dicere officium, quia est ecclesiæ minister, & eius bonis sustentatur. Illud certum est quod si nouitius delinquat, tanquam monachus non vt laicus punietur. vt in *l. statu liber. ff. de quæstionibus*. Ideo cogita, & vide notata in *cap. religioso, §. fin. de sent. excommunic. lib. 6. per doctor. in authent. ingressi, C. de Sacrosanct. eccles. in cap. in præsentia, vbi Deci. num. 3. de probation.* latissimè *Tiraquell. de vtroque retract. 1. part. in §. 1. in gloss. 8 num. 21. cum pluribus sequent. vsque ad num.* 4.

In clerico autem & desponsato minor est dubitatio, cùm ille habeat statum firmum, hic verò committat adulterium, vt dictum est. Licet doctores nostri reprobantes glos. in *l. 1. C. de episcop. & cler.* quæ dicit, quòd clericus in sacris committat incestum fornicando, velint quòd solùm simplicem committat fornicationem, vt *Cardinal. Zab. in clem. ad nostrum, de hæretic. versic. 7 n. 3. & ibid. Imol. in fin. & Deci. in cap. at si clerici, in princip. num. 37. de iudic.* quod certè verum esse non potest, cum, etsi non incestus sit, sacrilegium tamen videtur non posse excusari, & adulterium spirituale; vt dicit *Abb. in cap. vt clericorum, num. 6. de vit. & honestat.* cùm circa rem Deo sacram cõmittatur. Nam si quis vltra progrediatur non multum aberit, quin existimet, si non mutetur species peccati, quin nec sit hæc circunstantia confitenda, vt latè *Cardin. Turrecremat. in c. 1. versic. ad quintum, n. 10. de pœnit. distinct. 5. & Nauarr. in c. consideret, eadem distinct.* quòd nullus vnquam cogitare, nedum dicere potuit, vt clericus in sacris constitutus fornicationis peccatum confitendo, non se esse clericum teneatur dicere sacerdoti. Omnes vt rem claram hoc omittunt & præsupponunt, vt patet ex *Domini. de Sot. in 4. distinct.* 18. *q. 2 art. 4.* facit text in *c. qui viderit 32. qu. 5.* quod manifestè probatur. Nam siue, vt dicit *S. Thomas in 4. dist. 16. qu. 3. art. 3.* illa est circunstantia sufficiens, vt de vna in aliam transferat speciem, quæ vltra malitiam principalem actus, habet specialem cum ratione repugnantiam, & idem *S. Thom. in 1. 2. q. 73. artic. vltim.* latissimè *Cardin. Turrecremat. in summa de pœnitent. distinct. 1.* vbi per plures columnas: siue vt dicunt *Parisienses in 4. dist. 17. qu. 4.* quos refert *D. Nauar. vbi suprà*, quando actio etiam alio respectu mala non esset, ratione illius circunstantiæ fieret mala; vtraque ratione constitutus in sacris non potest dici committere simplicem fornicationem, sed aliam speciem peccati: cum vltra malitiam principalem, habeat cum ratione repugnantiam. Nam violatur res Deo consecrata. Item quia eius status est contrarius matrimonio, per quod coniunctio non est mala. Quod si dicas eadem ratione furtum commissum à sacerdote mutare speciem, dico non einsdem rationis esse peccata, quæ extra corpus suum quis committit, cum illis, quæ in corpore suo committuntur, vt inquit *Apost. Corinth. 1. cap. 6.* Omne peccatum quodcunque fecerit homo extra corpus est, qui autem fornicatur in corpus suum peccat.] Præterea si coitus istorum est simplex fornicatio, sicut eorum, qui soluti sunt; quare filiorum fit distinctio, vt ab illis habiti, non verò ab istis, naturales sint, si eadem est criminis species? Verius igitur est quòd sicut in filiis macula omnino differt, ita & parentum sit crimen specie differens, quando status eorum habet repugnantiam cum matrimonio.

Qua circunstantia sit confitenda.

Statum autem parentum, vt filiorum conditionem iudicemus, considerandum censeo, tempore conceptionis filij, non natiuitatis, ex mente *Cyn. & Paul. in l. ex liber. C. de suis, & legit. hæredib.* quos refert *R. D. Episcopus, vbi suprà*, conceptione enim, non natiuitate crimen perpetratur, & est expressum, vbi idem tenet *Alberic. ff. de stat. homin. l. Paul.* inquit text. Eum, qui viuente patre, & ignorante, de coniunctione filiæ conceptus est, licet post mortem aui natus sit, iustum filium ei ex quo conceptus est non videri.] Ecce text. vbi conceptionis tempus inspicitur, vt si eo tempore valuit matrimonium, filij legitimi fiant; si non valuit eo tempore, licet valuerit tempore quo nati sunt filij, legitimi non sint: quia macula ex conceptione, non natiuitate contrahitur, vbi ratione culpæ seu delicti infertur, & ita ille textus clarissimè hoc probat, vt mirer D. Episcopum, & alios ante eum, inter quos *Hostiensis, Anton. & Cardinal. & alij.* quos ipse refert, & *Anton. Gabriel. de commun. opin. lib. 6 tit. de legitimation. conclus. 2. num. 10. & 4. conclus. num. 11.* contra illum textum respondisse, nec placet responsio *D. Episcopi ad dict. l. Paulus.* quòd in *d. l. Paulus*, nec tempore conceptionis, nec tempore natiuitatis constituit matrimonium, quia dico hoc ipsum falsum esse, vt ibi gloss. interpretatur, quia licet sola morte patris non firmetur, vt ibidem optimè docet *Alber.* tamen ex priori voluntate, si non contradicant, firmatur illud matrimonium. vt *de nupt. l. & si contra.* & probatur *ff. de ritu nuptiar. l. eos, & l. si quis in Senatorio.* nam in *dict. l. eos, quæ est eiusdem Pauli Iurisconsulti*, inquit text. Et si contra mandata contractum sit matrimonium in prouincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseuerat, iustas nuptias effici, & ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio, legitimos esse.] Et *Vlpian. in d. l.* Si quis in Senatorio ordine agens (inquit) libertinam habuerit vxorem, quamuis interim vxor non sit, attamen in ea conditione est, vt si amiserit dignitatem, vxor esse incipiat.] In qua lege Eos ad verbum Natos debet suppleri, & conceptos, per *eundem Paulum in dict. l. Paulus.* Præterea si ibidem nunquam consisteret matrimonium, inepta esset quæstio, an ex matrimonio quod nunquam valeat, fiant filij legitimi: dubitatio ergo erat, quia licet non tempore conceptionis, natiuitatis tamen tempore matrimonium erat legitimum; quod tamen non sufficere, ve-

De interpretatione l. Paul. ff. de statu hom.

Contra doctoret. & Beroii consilio 166. vol. 2.

iustus

iustus sit filius, *Paulus* respondit, & optimè *ibi Alber. & Cyn. & Paul. sup. alleg.* dicunt quod filij concepti ex incestu, non legitimantur ex matrimonio ex dispensatione ante natiuitatem contracto, sed nascuntur illegitimi.

11. *Quando cõceptionis, vel natiuitatis tempus inspiciatur.* Nec pro alia opinione, quæ secundùm Reuerend. Episcopum est magis communis contra nostram, quæ fuit *Cyn. Alberic. & Salicet.* faciunt text *insti. de ingen. § sufficit, C. de natural. lib. l. Nuper.* quibus probatur, quod in fauorabilibus partui inspicitur tempus, vel conceptionis, vel natiuitatis, quod ei vtilius est, *de stat. homin. l. Qui in vtero, & l. in seruorum, in § fin.* quia id verum est, nisi in qualitate, quæ ex delicto coitus oritur, quo casu ridiculum est, cùm delictum sit in coitu, vt natiuitatis tempus consideretur, vt in *c. t.* vbi *Abb. de purificat. post partum, 2. notab.* cùm regula iuris sit, quod qualitas ex antecedenti, non ex necessario consequenti consideratur, vt *ff. qui potior. in pign. habean. l. 1. & l. Qui balneũ, & l. Potior.* & alibi latiùs diximus: in libertate autem est alia ratio, quia variabilis est matris status, non sic in statu delicti, quod semel perfectum, variationem non recipit. *ff. de furt. in l. Qui ea mente, & ff. de pœnis, in l. 1.* vt ridiculum sit, si adultera mortuo marito suo pariat, filium prædictum dicere non esse adulterinum, sed naturalem, & matrimonio subsecuto legitimari cum prædictis doctoribus.

Omitto quæ circa *dict. l. Paulus.* satis inconsideratè *Præpositus*, vt solet *cap. tanta, num. 10.* tenens dict. opinionem, quam falsam esse ostendimus. ex quibus habes plura vltra doctores explicata, in quibus non parum ipsi errãt, dum vnus post alium rationibus non recte expensis, à veritate discedunt: nec existimare debemus istam materiam esse tanquam fauorabilem extendendam, quia imò contra istos filios ex peccato genitos est maxima præsumptio, cùm nõ in peccato originali solo, sed & actuali geniti sint. Nam &, vt inquit *Seneca*, Nefasque nullum per nefas nati putant] ἕνα γὰρ ἐν πολλοῖς λόγοις ἄριστον ἂν ὅς τις ἐστὶ μὴ χείρων πατρός, inquit *Euripides*, & rursus, Οὐκ ἂν γένοιτο χρηστὸς ἐκ κακοῦ πατρός.] Ad quod & educatio adiuuat, vt inter crimina nutritus criminosus euadat, vt etiamsi natura puerum à paternis vitiis, atque à generis similitudine abduceret, cõsuetudo tamẽ eum & disciplina degenerare nõ sineret, vt *Cicero* inquit *in Verrem*: multa de hac re *Tiraquel. in legib. connubial. 7 lege, in glos. 1. part. 7. per totam,* licet non desint, qui contrariam opinionem tenendo, pro maximo fundamẽto dicant charitatem in hoc versari, vt qui non peccauit à pœna liber sit, vt ineptarum etiam opinionum nunquam desint authores. Nam, vt inquit *S. Thomas* non est pœna, vt qui non est legitimus non habeat ea, quæ sunt legitimorũ: sicut non est pœna, quòd non succedat in regno ille, qui non est filius regis: vt declarat *Cardinal. Turrecremat. in summa. 35. q. 7. versic. Ad secũdum.* neque est eiusdem rationis, id quod *Budæus* voluit *ff. ad l. Iuliam maiest. l. 3.* quod per *l. sancimus, C. de pœnis.* sit abrogata *l. Quisquis in § filij ad l. Iul. maiest.* ob idque esset statuta, quod non malè comprobatur ex *l. cognouimus, & authent. idem de Nestorianis, in princip. C. de hæret. & Manic.* facit *l. crimen. ff. de pœnis.* sed *Duaren. disput. lib. 2. cap. 24.* contrarium defendit, sed de hoc alibi. nam *diuus Gregorius Nazianz.* inquit, κρεῖττον ἄρεστον ὄντα κακὸν γένος ἢ κάκιστον ἔμφυλον δ' εὐγένειαν. Et *Chrysostomus homil. 3. in Matth.* dicit, quod Dominus noster voluit ex Thamar, & vxore Vriæ, & aliis peccatricibus descendere, vt demonstraret non esse de parentibus, etiam fornicariis & adulterij fœditate sordidatis erubescendum, si propria decoremur virtute, quæ parentis non decoloratur opprobriis. Et *idem Chrysostomus in homilia de nomine Habram*, inquit, Non crimen est habere patrẽ impium, sed imitari patris impietatem.] Ideo quando persona quæ ex parentum culpa potiùs quàm sua defectum patitur, est virtute & moribus clara, licita imò debita erit legis dispensatio.

CAPVT VI.

Iterum de legitimatione filiorum per subsequens matrimonium: & de interpretatione text. in cap. Tanta, qui filii sint legitimi.

SVMMARIVM.

1. *Vtrùm per matrimonium putatiuum filij legitimentur.*
2. *Vtrùm verum matrimonium legitimet filium putatiuũ naturalem.*
3. *Titulus putatiuus quando operetur vt verus.*
4. *Sponsalia vera non legitimant filios ante genitos.*
5. *In articulo mortis potest contrahi matrimonium.*
6. *Aliud est contrahi in articulo mortis, aliud conferre in tempus mortis.*
7. *Vtrùm requirantur denunciationes in matrimonio, quod contrahitur in articulo mortis.*
8. *Vtrùm tale matrimonium legitimet filios in præiudicium substituti, & quid de ingressu Religionis.*
9. *Matrimonium licet sit sacramentum & gratiam conferat, potest contrahi interueniente pecunia.*
10. *Ingressus religionis in articulo mortis non excludit substitutum.*

IN præcedenti capitulo diximus plura de legitimatione filiorũ, & quales esse debeant, vt per subsequens matrimonium legitimentur, nunc iuxta prædicta incidit notabilis quæstio, an sicut per matrimonium verum, filij ante geniti legitimantur, idem fiat, si matrimonium est putatiuum, vt id matrimonium bona fide contractum, filios ante genitos legitimos reddat. 1. *De matrimonio putatiuo.* Finge ignorantem consanguinitatem, ex consanguinea soluta filios procreasse, vel ex coniugata, existimando eam esse solutam, eademque bona fide cum ea contraxisse: An ij filij, ante matrimonium hoc putatiuum geniti, sint legitimi: de genitis enim pòstea nulla dubitatio est, vt *extran. qui filij sint legitimi. cap. ex tenore.* & vnius ex coniugibus bona fides sufficit,

vt

vt filij in putatiuo matrimonio geniti legitimi sint, vt est vulgatum. Et licet hanc quæstionem tangant vulgo doctores, tamen confuse eam tractant, ideò distinctionem desiderat. Hæc autem quæstio antiquitus fuit decisa per Rotam nostram, vt per *Cassiad. de sponsal. in decision. vnica.* tamen, quia non concorditer fuit facta illa decisio, sed fuerunt opiniones variæ, non omittam eam diligenter examinare.

2 Et in primis considerandum est, quod hic sunt duæ quæstiones, vna est, an per verum matrimonium legitimetur filius putatiuè naturalis. Altera est, an per matrimonium putatiuũ legitimetur filius verè naturalis. Primam ponit *gl. ordi. extra tit. qui filij sint legitimi cap. tanta. glos. in versi. aliam; quæ est glos. 2.* cuius verba cum text. hic ponam, quia vulgo non intelligitur, inquit text. Tanta est vis matrimonij, vt qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir viuente vxore sua aliam cognouerit, & ex ea prolẽ susceperit, licet post mortem vxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, &c.] *Glo. 2. in verb. aliam.* continet hęc verba, Aliam: scilicet conscia adulterij, supra eodem, causamque. secus si ignoranter. arg. sup. eod. cum inter. arg. eodem ex tenore. sup. de eo, qui duxit in matrimonium. c. 1. contrarium videtur, scilicet, quod talis non sit legitimus, quia hic non distinguitur, sed primum verius est. Bernar. Hæc sunt verba glos. aliqui volunt quod illa verba, Sed primum verius est, sint addita, & non sine Bernardi, sed quod Bernardus tenuerit secundam opinionem. Sed *Ioan. Andr.* habuit ista verba in gloss. vt patet ex eo. *Hostiens.* tenuit primam opinionem glos. *Ioan. And.* intelligit gloss. & eam sequitur in prima opinione, quando contraxerat matrimonium cum secunda ante prolem, ea inscia alterius matrimonij, non aliàs: quod *Abb.* clarius explicat, & intelligit in casu *c. ex tenore.* quod ridiculum est, quia hoc est tenere expresse contra glossam, non declarare: quia glossa loquitur retentis verbis textus, qui loquitur de vero matrimonio, non de putatiuo. nec glos. dubitare poterat de decisione *c. ex tenore.* Sed adduxit illum text. in argumentum, vt sicut ibi bona fides matrimonij prodest, ita hic ignorantia adulterij prodesse possit: & eodem modo *Abb.* interpretatur Antonium, qui certè malè sibi constat, quia contrariũ *ipse Anto.* dixit *nu. 9. vers. aduerte in fortioribus terminis:* vult enim quod gloss. intelligatur etiamsi filius incestuosus, vel adulterinus sit, qui tamen à parentibus, vel altero eorum reputetur naturalis, quia ignorabatur impedimentum consanguinitatis, vel matrimonij, vt si postea eadem bona fide contrahatur matrimonium, sed inutiliter, quia verè non cessabat impedimentum: ex isto putatiuo, & inualido matrimonio legitimetur filius putatiuè naturalis, verè tamen adulterinus, vel incestuosus: & ita Anto. necessario sequitur opi. glos. priorem, licet suprà tenuerit secundam, quam primam opinionem tenet *Hostiens.* & istam opinionẽ pro maiori parte fuit sequuta Rota, vt diximus supra per *Cassiado. de sponsalib. decis. vnica.* & refert *Anton. Gabr. de commun. opin. lib. 6. in tit. de legitima. conclus. 2.* cuius verba in num. 8. forte sunt corrupta, quia sunt sibi repugnantia. qui allegat *Curt. Iuni. cons. 27. & Din. consi. 66.* tenentes istam partem, quos etiam allegat *D. Episco. Segob. in loco infrà allega.* qui adducit etiam *Ludoui. de Sard. & Anto. de Rosell. & Prepo. Alexand. Beroi. consil. 166. volu. 2.* Secundam vero *Ioan. And. & Abb. ibi, & Henri. in c. ex tenore. 2. col.* vbi reprobat Hostiens. & istam opin. sequitur *D. Episco. Segobi. in lib. 4. decretal. 2. part. c. 8. §. 2. num. 17. & 18.* qui existimat, Anto. fuisse huius opi. & idem vult *D. Gabrel. vbi supra:* & idem contendit *Xuar.* Hispanus noster, qui sequitur istam partem in *l. 1. titu. 6. lib. 3. For. versi. ad prædicta.* & allegat *Zabarel. in d. c. tanta* referẽdo eius verba, tamen in meo libro nihil dicit.

Antonij de Butrio inconstantia.

Volunt ergo isti doctores sequentes secundam opinionem, quod per verum matrimonium filius verè adulterinus, licèt putatiuè naturalis, non legitimetur, & quod bona fides non efficiat adulterinum naturalem, nec legitimabilem, per subsequens verum & legitimum matrimonium: ex quo minor erit dubitatio, quando matrimonium non est verum, sed putatiuum, & filij erant putatiui naturales; vt si quis ignorando consanguinitatem, ex consanguinea habuerit filios, & postea cum eadem ignorantia contraxit cum ea, non sublato impedimento, & ita inualidè. Istum casum non ponit glos. nec *Hostien.* nec *Ioan. And.* nec *Abb.* & sunt casus diuersi, licet eos suo more confundat *Prepos. c. à nobis. num. 7. qui filij sunt legit.* allegando glos. & doctores supradictos ad hoc, quos ipse malè intellexit, nec melius *Geminian. in dict. cons. 66. col. 2.* quod etiam fecit *Rosell. in suo tractatu legitimat.* Sed istum casum ponit in terminis *Ant. in d. c. tanta. num. 9. vers. aduerte,* & tenet matrimonium putatiuum etiam legitimare, quo fit, vt *Ant. de Butri. super dict. gloss. secund.* tenuerit primam glos. opinionem, qui, si in isto casu, qui fortior est, tenet bonam fidem sufficere, multo magis in illo 1. in primo enim casu solus defectus est in procreatione, quod si *Antonius* tenet non sufficere existimare se solutos in procreatione, etiam si postea matrimonium verum & legitimum sequatur, multo minus sufficiet si matrimonium non verum, sed putatiuum sit. Videamus ergo de veritate istarum opinionum. Et notandum est, quod possunt in ista materia distingui quinque vel sex quæstiones, vel casus.

Contra Prepos. Alex. Geminian. & Rosel.

Primus est quando filius est adulterinus, vel incestuosus verè, & putatiuè: iste casus non habet difficultatem, quia non legitimatur per subsequens verum matrimonium, vt *in isto cap. tanta. 2. responso.*

Distinctio totius materiæ.

Secundus casus quando filius est verè naturalis, & postea impedimento superueniente,

bona fide à parentibus, vel altero eorum, contrahitur matrimonium putatiuum. An istud matrimonium putatiuum legitimet filium naturalem.

Tertius casus est quando parentes coeuntes vel alter eorum putabant se esse solutos, & inter eos nullum esse impedimentum, cum tamen verè esset, vel consanguinitatis, vel alterius matrimonij, vel voti solemnis: An iste filius putatiuè naturalis, legitimetur per verum matrimonium, altero dissoluto, vel dispensatione concessa: & in isto casu loquitur gloss.

Quartus casus est, qui est minus dubitabilis quem ponit *Anton. de Butri.* an filius putatiuè naturalis, verè tamen adulterinus, vel incestuosus, legitimetur per subsequens putatiuum matrimonium.

Quintus casus est indubitabilis, quando filius ante habitus est verè naturalis, & sequitur verum matrimonium, vt in *isto capit. tanta. 1. parte.*

Et est Sextus, quando filius gignitur ex matrimonio inualido bona fide contracto in specie, *cap. ex tenore. qui filij sint legitim.*

Contra Praepos. & alios defenditur opi. D. Episcopi Segobien.

In secunda igitur specie, quod matrimonium putatiuum nunquam legitimet filios ante habitos, etiam vere naturales, contra Praepos. & istos moder. cum D. Episcopo Segobien. & doctoribus supra allegatis, & ita quod in specie *cap. ex tenore.* non legitimentur filij ante matrimonium illud habiti. vltra rationes, quas dicemus in sequenti quaestione, quae concludunt, in ista, considero, quod licet titulus putatiuus, in iure saepe operetur effectus veri tituli, vt ex pluribus licet animaduertere, & in propria materia ex *dict. c. ex tenore*, tamen in nostro casu matrimonium putatiuum non operatur. Primò, quia text. in *d. c. tanta.* dicit: Tanta est vis matrimonij.] Quae verba de vero matrimonio debent intelligi, quia verba regulariter simpliciter, non secundum quid intelligi debent, *ff. si ag. vect. l. 3. §. qui in perpetuum.* id enim quod secundum quid est, propriè non est, *ff. de verb. signif. l. Paulus. & ff. de leg. 3. l. Hoc legatum.* vt per *Deci. de reg. iur. l. velle num. 1.* sic homo pictus non venit hominis appellatione. Facit quod not. *C. de haere. & Mani. l. 2. in glos.* sic appellatione matrimonij non potest venire matrimonium putatiuum, aliàs legitimatio filiorum attribueretur bonae fidei, non matrimonio, quod non est.

3\.
De titulo putatiuo, quãdo operatur vt verus.

Nec obstat *praedictum c. ex tenore.* quia pro intelligentia illius tex. considerandum est, quod effectus qui producuntur à causis, dupliciter producuntur, vno modo tractu successiuo, alio modo momentariè: in priori specie, quando effectus tractu successiuo producuntur, titulus putatiuus idem operatur quod verus, & tunc idem operatur opinio, quod veritas, quando ex iusta causa erratur: quod patet in vsucapionibus, in quibus titulus putatiuus operatur idem quod verus, *ff. de vsucap. pro empt. l. Quod vulgo, ff. pro suo l. si. ff. de vsucap. l. non solum. §. quod vulgo,* tempus enim solet plurimos defectus supplere. vt *C. de test. am. l. sancimus.* licet aliàs dici soleat quod producere effectus tribuitur causis, non temporibus, vt *ff. de actio. & oblig. l. obligationum ferè, §. placet.*

In secunda vero specie quando effectus producuntur momentariè, titulus putatiuus de se solus non prodest, nec habetur pro vero titulo, quod apparet, quia titulus putatiuus, qui est sufficiens ad praescribendum, vt legibus supra allegatis, non est sufficiens ad excludendam petitionem haereditatis, quae contra titulo possidentem non datur: vt per *glos. Bar. & doctores, ff. quorum bo. l. 1. per Ias. § actionum. col. 27.* reprobat gloss. quae contrarium voluit, *ff. de vsucapione pro lega. in l. fi.* & ita se habet communis opin. secundum *Fran. Balb. repetitio l. Celsus. 3. col. de vsucapio.* licet titulus verus sufficeret, *ff. de pet. hared. l. Regulariter. & C. eodem tit. l. Hereditatis.* comprobatur ista distinctio: quia si fiat pactum de lucranda dote, lucro non est locus, si dos sit putatiua, vt probatur in *l. 1. C. de cond. ob caus.* licet titulus putatiuus dotis sufficeret ad vsucapiendum pro dote, vt in *l. 1. ff. de vsucapio. pro dot. in fi.* sic ergo titulus putatiuus solus, de per se nullum producit effectum, nec habet vim tituli veri, nisi associetur alio colore, vel temporis, vel alterius adiuncti per supradicta: faciunt multa quae cumulat *Tiraquel. post leges connubia. glos. 8. num. 234. cum multis sequenti.*

De intell. c. ex tenore. qui filij sint legitim.

Cùm ergo legitimatio filiorum ante habitorum sit effectus momentaneus matrimonij, lex enim nullo momento moratur in effectibus suis, *ff. de pecul. l. peculium. l. 2. §. sed & si creditor, ff. de lib. & posthu. l. In suis. C. de poss. l. Cum haereditas. in glos.* Ergo matrimonium putatiuum istum effectum producere non poterit, per supradicta, at in *cap. ex tenore.* cum putatiuo matrimonio aliud concurrit, quod occasione matrimonij filij procreantur, imò matrimonium illud fuit causa filiorum, ideò titulus putatiuus prodest, quia semper dederunt operam rei licitae secundùm opinionem suam; quae probabilis fuit, cum in facie Ecclesiae fuit matrimonium contractum, & nullum peccatum veniale commiserunt parentes in matrimonio, nec in filiorum procreatione, & ita matrimonium fuit causa liberorum. & praesumendum est, ne delictum fingamus, quod isti, qui ita contraxerunt matrimonium, non commiserentur aliàs, nisi existimarent valuisse matrimonium, cum semper in bona fide reperiantur. Ideò Ecclesia, quae non punit innoxios, vult quod tales filij legitimi producantur. At nostro casu à principio fuerunt habiti filij in peccato & illegitimitate verè & putatiuè, etiam si sint naturales. Ideò legitimari non possunt per matrimonium putatiuum, sed solum per verum matrimonium; aliàs enim effectus legitimitatis, tribueretur bonae fidei, non matri-

matrimonio, quod verè non est, quia fuit nullum: quod esset contra verba *dicti c. tanta.* & sequeretur absurdum, quod matrimonium putatiuum plus posset, quàm sponsalia vera, quæ non sufficiunt ad legitimandum filium naturalem priùs habitum, secundùm *Henri. in*
4 *d. c. tanta.* quod est notandum, & in ista specie non loquitur gl. nec *Hostiens.* nec alij: licet *Cassiado.* vt ex *titu. deci.* apparet, & alij sup. alleg. initio c. decipiantur, & *Ant. Gab. lib. 6. com. opin. tit. de legit. concl. 1. num. 4. & 6.*

Contra Antonium de Butrio.

Ex quibus apparet decisum esse quartum casum, & ita opinionem *Anto. in dict. cap. tanta. col. 9. versi. aduerte.* falsam esse. Quia si verè naturalis non legitimatur per putatiuum matrimonium, multo minus ille qui non est verè naturalis, sed putatiuè naturalis, quod etiam ex statim dicendis in sequenti specie, remanebit sine difficultate.

Tertia est igitur species quando filij sunt geniti ex adulterio vel incestu, bona fide parentum, vel alterius eorum, qui se habebant pro solutis: postea verò soluti, contrahunt matrimonium validè, & legitimè, quia sublatum fuit morte impedimentum, vel per dispensationem, & in ista specie loquitur *d. glos. & doctores antiqui, Hostiens. Ioan. And. & Ant. sup. glos. Abb. & d. Episcopus Segobien. suprà allega.* In qua specie ego credo, quòd filij non legitimentur sequendo opinionem secundam glossæ, & mentem *Ioan. And. cum alijs,* vt supra declaraui contra *Præpos. & recentiores.* Quia quando quis dat operam rei illicitæ, opinio eius vel error nihil operatur, nec eum excusat, sed inspicitur contra eum veritas, non opi. textus est, *ff. de iniurijs. in l. eum qui nocentem. in §. si iniuria.* bonus text. *ff. quod vi aut clam. in l. aut qui aliter, §. si quis dum putat.* vbi videtur tex. pro ista opinione vltra doctor. Facit etiam text. *15. q. 1. c. inebriauerunt.* vbi probatur quod coitus, quem habuit Loth cum filiabus suis fuit incestuosus: attamen cùm ipse ebrios esset, in mala fide non fuit, vt ex textu probatur. Sic eodem modo si quis coeat cum muliere, quam putat solutam, si ea fuerit coniugata, cùm rem illicitam faciat, opinio eius nõ efficit, vt filius adulterinus non sit; & licèt quo ad pœnam non hoc adeò sit constitutum, & firmum, vt ille tanquam adulter puniri possit ex his quæ *Ioan. And.* latè *in nouel. in regula cum quis. lib. 6.* tamen quoad filij qualitatem non est dubitandum, quin filius non sit naturalis, si verè soluti parentes non sint. Ideoque nec si mortuo marito priori contrahant inter se, filius antea in adulterio habitus legitimus efficietur, secundùm *Ioan. And. & prædictos d. Episcopum Couarrub. & Xuar.* per ipsum alleg. ex quo falsum est communem opinionem esse in contrarium, quia in ea opinione nullus est doctor alicuius autoritatis, præter Hostiens. & decisionem Rotæ, in qua fuerunt diuersæ opiniones, neque ex omnium sententia facta fuit illa decisio: alij verò doctores sunt leuioris authoritatis, qui casus confundunt, materiam non satis intelligentes. Nam *Antonium de Butri. Abb. d. Episcop. Segobien. Xuar. & Anto. Gabriel.* dicunt tenere secundam opinionem glossæ. Pro qua secunda opinione est *idem Abb. Henri. Card.* & si Xuar. credimus, *Ioan. And. & dictus Episco. Couar. & idem Roder. Xuar.* & rationes & argumenta fortissima, quæ suprà posita sunt: ex quo apparet quàm sit periculosum in iure nostro ex sola doctorum auctoritate inniti, rationibus eorum non excussis diligenter, nec textibus consideratis, maximè quia, vt inquit *Deci. cons. 499.* Doctores nostri aues imitantur, quia vna volante cæteræ inconsultò sequuntur. Ideò inquit *Iustinia. in l. 1. in §. sed neque. C. de veter. iu. enucle.* Sed neque ex multitudine authorum, quod melius & æquius est iudicatote, cùm possit vnius forsan & deterioris sententia, & multos & maiores aliqua ex parte superare.] Facit text. vbi not. gl. in *l. potioris. C. de offic. rectorum prouinc. & in l. pr. C. de cond. indebi.* & facit text. *in c. 1. vers. quo circa. extrau. de his quæ fiunt à maiori part. capit.* latissimè *Tiraq. in ll. connubi. 1. l. num. 3. & Ioan. de Neuizan. in sua silua nuptiarum.* qua in re videndus est *Senec. lib. 5. epist. epistol. 33. & Plato de republic. dialog. 6.* Sed vt vnde digressi sumus redeamos, supra dicta omnia ad tres casus reduci possunt.

Quando error, vel opinio excusat.

Vide quæ dicat Abb. in c. 1. nu. 2. de custod. euchar. &c.

Resolutio materiæ.

Primus casus est quando à principio fuit verè naturalis filius, de cuius legitimatione agitur, quia vterque parentum verè erat solutus: sed postea filio habito, superuenit impedimentum, quia vel ipse, vel ipsa, contraxit cum alia, vel alio: & tamen bona fide, saltem vnius, postea inter eos sequutum est matrimonium. iste casus non ponitur à Doctoribus, & tamen ex rationibus supradictis puto istum verè naturalem, non legitimari per matrimonium putatiuum, quia effectus *c. tanta.* producitur à vero, non à putatiuo matrimonio, vt suprà diximus. Secundus casus est quando ab initio fuit adulterinus verè, quia non erat vterque parentum solutus: tamen vterque, vel alter eorum existimabat se esse solutum, & licet sit naturalis secundùm eorum opinionem, tamen cùm in veritate sit adulterinus, non legitimabitur per subsequens matrimonium validè contractum, eo tempore quo impedimentum cessabat. Et in istis terminis loquitur gloss. *dict. cap. tanta. supra alleg. & Hostiens. Ioan. Andr. Card. & Abbas.* licet *Præpos. & recentiores* non intelligentes allegent glossam & doctores ad matrimonium putatiuum, cùm tamen glossa loquatur de vero matrimonio.

Tertius est quando filius fuit ab initio adulterinus verè, licet à parente vel parentibus, qui putabant se solutos, putaretur naturalis, an posteà legitimetur putatiuo matrimonio, non verò, quia non cessabat verè impedimentum, & isto casu non loquitur glossa, nec Doctores, nisi solus *Antonius de Butri.* sed infertur

ex dictis per eos, & ex quolibet ex duobus præcedentibus casibus: quia in eo continetur defectus duplex, defectus scilicet filij, & defectus matrimonij: & ita clarum est non legitimari per matrimonium putatiuum, contra Antonium. Et sic habes vltra doctores clarè explicatam istam materiam.

De matrimonio contracto in articulo mortis.

5 Illud autem certum est, etiam in articulo mortis posse contrahi matrimonium, quod operabitur vt filij legitimentur, vt tenet post *Io. And. in isto c. tanta.* notanter *Alberic.* qui disputat istam quæstionem. *C. de natural. lib. in d. l. Cum quis.* & est communis opinio secundùm *Alexan. ff. de liber. & posthu. l. si quis posthumos. & Raphael. l. Sed est quæsitũ.* vbi latè *Ias, 2. col.* refert alios huius opinionis, ideò non est opus eos referre, pro qua opinione vltra Doctores est tex. qui in matrimonio spirituali loquitur, *extrau. de reg. c. sicut. 2.* vbi ille, qui erat de morte sua certus, quando votum religionis emisit, obligatur voto eo tempore emisso: quòd etiam probatur *extrau. de vot. c. literarum.* & licet ibi non verè fuerit in articulo mortis, quia conualuit postea, tamen quoad mentem suam, quæ in hoc maximè consideranda est, erat in articulo mortis, quando votum fuit emissum. Et quamuis in tali matrimonio in articulo mortis contracto, videatur & spes prolis in contrahente, & causa euitandæ fornicationis deficere, quæ sunt fructus matrimonij; quod etiam videtur considerare tex. *C. de natural. liber. l. nuper.* tamen omnibus ijs bene respondet *Alberic. in d. l. Cum quis,* quòd horum defectus non impedit matrimonium. vt satis apparet in contrahente non animo continendi, sed adulterandi, & in contrahentibus senibus, & alijs similibus, in quibus valet matrimonium, de quibus per eum. & secundùm *Ioan. Andr.* potest contingere, vt conualescat, & ita omnia cessant.

De voto eodẽ tempore emisso.

Sed contra istam opinionem videtur, quòd eo tempore matrimonium contrahi non possit, quia cùm morte matrimonium soluatur, vt inquit *Apostol.* non potest actus incipere vbi finiri debet, *ff. de vsufruct. l. Titio cùm morietur.* Vbi inquit *Modestinus,* Titio cùm morietur, vt vsusfructus inutiliter legari intelligitur, in id tempus videlicet collatus, quo à persona discedere incipit.] Idem probatur *ff. de vsufruct. legat. l. vsumfructum. cùm moriar. & de cond. & demonst. l. Hæres meus. §. quamuis. l. Si pater mulieris, ff. de iur. dot. infor. & l. cum pater, ff. de pactis dotalibus.* Idem videtur dicendum de matrimonio, vt non possit incipere eo tempore, quo intercidere solet.

6 Sed respondeo quòd aliud est conferre matrimonium in tempus mortis, aliud verò contrahere matrimonium tempore mortis: & ita verum est, quòd non possit matrimonium contrahi etiam in vita, si in mortis tempus conferatur, per dictas leges. Sed si simpliciter eo tempore fiat, & ita contingenter inijt tempus mortis, non impeditur contractus matrimonij. & hoc sensit *Alberic. in d. l. cum quis. col. antepen. C. de natura. liber.* allegans not. in *c. fin. de cond. apposit.* hoc probatur *ff. de manu. test. l. libertas. 1. & l. fin.* vbi non potest dari seruo libertas sub ijs verbis, cùm morietur. Inquit enim text. in *dict. l. libertas.* Libertas, quæ in vltimum vitæ serui tempus confertur, veluti, Stichus cùm morietur liber esto, nullius momenti existimanda est.] Et tamen morienti seruo non inutiliter libertas datur. *C. de lat. liber. l. vnica in §. sed scimus.* vbi si morientem expellat, vel quem moriturum putat, liber efficitur. facit text. ille in verbo Morientẽ, & hæc distinctio probatur, *ff. de solutio. l. si quis duos, cum. l. qui sic soluit, & Bar. vtrobique, & Ias. notabi. l. singularia. num. 56. ff. si cert. per.* deduci enim in pactum, vt à morte incipiat, est contra suam naturam, vt *d. l. vsufructum cùm moriar.* fac. *ff. de dona. caus. mort. l. vbi ita donatur. & ff. de iure dot. l. Iul. scribit.* quia nullum casum, vel euentum vtilem habere potest. Item quia idem momentum non potest esse causa obligationis, & liberationis. produceret enim contrarios effectus, quod natura fieri non potest, vt *quarto de republica* docet *Plato pagin. 580. & 581. in quæst. de anima.* facit text. in *l. si inter me, & te, ff. de exceptio. rei iudi.* facit text. in *l. qui hominem. in §. fin. ff. de solution.* & ibi concordant. in gloss.

Effectus cõtrarij quãdo produci possint. Vide infra in c. 11. num. 3.

Nec idem contingit si matrimonium simpliciter contrahatur in articulo mortis, vt contrarius effectus ab vna causa producatur: nam tunc consensus est ille, qui perficit matrimonium, mors verò quæ dissoluit, quæ sunt diuersa: & hæc distinctio probatur expressè, *ff. de pericul. & cõmod. rei vend. l. necessario, §. si.* vbi si vsumfructum vendam, qui morte mea finiatur, & statim moriar, venditio valet, sicut & in *l. si iactum retis, ff. de actioni. empt.* & tamen si venderem vsumfructum sub his verbis, cùm moriar, nulla esset venditio per dictas leges. facit *de verb. oblig. l. in illa stipulatione si Kalen.* quæ non procederet, si expressè actum esset hominem mortuum dari. facit *ff. de actio. empt. l. si sterilis.* cum ibi not. ex quibus vera est dicta opinio, quod valet matrimonium contractum in articulo mortis, licet in id tempus collatum ex pacto nullum sit: & vide quæ *Bart. numer. 29. & Ias. 42. & 43. l. 1. soluto matrimo.*

Vnum notandum est, quòd etiam si eo casu omittantur banna vel proclamata, siue solemnitates, de quibus *de cland. despons. c. cum inhibitio.* cùm periculum sit in mora, non potest culpa imputari, vt not. *Dom. cons. 66. num. 5. & 6.* & fac. *de sentent. excomm. lib. 6. c. constitutionem. in si.* bonus text. *de senten. excom. extrau. c. non dubium.* facit *ff. de dam. infect. l. 1. cum ibi not.* quod olim verum erat, cùm clandestinitas non vitiaret matrimonium, vt per *tot. de cland. despons.* hodie tamen stante Concilio Trident. verum non erit, quia matrimonia clandestina inualida sunt, & periculum in mora potest excusare à solemnitate, quæ non respicit substantiam. At hodie solemnitas quæ ponitur in d. 7

Vide quæ Abb. nu. 8. in cap. una nos. de Eccles. ædificand.

Concilio

Concilio substantia est, seu qualitas, sine qua non valet matrimonium, scilicet vt matrimonium præsente Parocho, vel alio sacerdote, de licentia parochi vel ordinarij, & duobus vel tribus testibus contrahatur: alia enim *in eodem cap.* requisita, licet omitti non debeant, si tamen omittantur non est nullum matrimonium, imò ex iusta causa, vt ibi dicitur, omitti possunt, & debent. Erit autem hæc iusta causa, vt sine publicatione contrahatur matrimonium, si in articulo mortis sit aliquis ex contrahentibus, cùm periculum esset in mora, si vt fierent publicationes expectare deberent.

De effectu matrimonij contracti in mortis articulo.

8 Item notandum est quod *Angelus, & Soci. in l. sed est quæsitum, ff. de liber. & posth.* volunt, quòd dictum matrimonium in articulo mortis contractum, non operatur legitimationem filiorum naturalium in præiudicium substituti, quod etiam voluit *Decius in cap. in præsentia nu. 56. de probationi. & Parif. consi. 13. num. 56. & 67. volu. 1.* qui post Abb. tenent idem in ingressu religionis, vt in articulo mortis non operetur exclusionem substituti, licet monasterium soleat excludere substitutum, vt in *eodem c. in præsentia.* quòd in vtraque specie fraus substituto fieri videatur: cùm eo tempore & matrimonium, & religionis ingressus non sine suspicione fraudis in damnum substituti fiant, eo inquam tempore, quo magis finiri, quàm incipere nouus status solet, vt legibus suprà allegatis. ideò facile est fraudem præsumere, vt in *l. filiæ meæ emancipata, & ægra, ff. solut. matri. & l. cum mulier de. mortis viri desperans, ff. rerum amot.* cum alijs, quæ adduximus in libello de reddit. Ecclesiastic. in 4. parte. cap. 4. in num. 6. & licèt plures doctores velior vt distinguatur, an aliàs constet de fraude, vt per *Parisi. vbi supra num. 68.* & latè *Anton. Gabriel de commun. opinio. lib. 6. de legitimatione. conclus. 1. num. 53. & 54.* tamen mihi videtur satis apparere ad excludendum substitutum fieri, si eo tempore quis contrahit cum concubina per supradicta.

Contra Angel. Socin. & alios.

Sed nihilominus fraudem licitam esse arbitror contra prædictos doctores, ideoque efficere vt cesset substitutio, matrimonio eo tempore contracto. Nam omnes fatentur id matrimonium fraude cessante legitimos efficere filios, vt per doctores, quos refert *prædict. Anton. Gabriel. in dicta 1. conclusio. numero 17.* nec enim potest dici quis fraudem committere, vt ea ratione effectus impediatur, si iure sibi permisso vtitur: quia nullus videtur dolo facere, qui suo iure vtitur; vt in *l. nullus, ff. de regul. iur.* Nam & in vita potest quis vel causa substituti contrahere matrimonium, vt habitis liberis eum excludat, vel non. Imò potest vtrumque facere, etiam ob pecuniam, vt in *l. filium. in §. sed cum exhærdatio, ff. de bonor. poss. contra tabul.* vbi scriptus hæres pecunia potest gratificare, vel adeundo, vel repudiando, quia vtitur iure suo. ibi, Erit ergo venale beneficium scripti hæredis extranei, vt cùm ipse iure hæreditatis nihil sit consequuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, &c.] Facit quod elegantissimè inquit *Vlpian. in l. 3. in §. idem seruus, ff. de statu lib.* Denique etiam remedij loco hoc demonstratur domino statu liberi, vt eum extraneo iussum dare prohibeat, ne nummos perdat cum statu libero.] Et *Pomponius in l. quæsitum, ff. de conditio. & demonst.* ibi, Itaque in proposito sapienter faciet hæres, si impedierit eum quo minus præstet operas. hac enim ratione seruus peruenniet quidem ad libertatem, sed operis eius extraneus non vtetur.] Facit text. in *l. cum pater. in §. Titio. circa fin. ff. de legat. 2. & l. in quantitatem fin. princip. ff. ad l. falcidiam.*

Franc. Sarmientus.

Potest igitur hæres arbitrio suo, & etiam pecunia data contracto matrimonio excludere substitutum, vel non contracto, non excludere. licet enim matrimonium sit Sacramentum, & gratiam conferat, vt per omnes post *magistrum sententiar. in 4. dist. 26.* & per *Card. Sancti Sixti in summa. num. 9. & 10. 27. q. 1. & c. placuit. 32. dist. num. 6. & c. his ergo. 23. distin. Præposit. in rub. extrau. de sponsali num. 15.* contra glos. iuris canonici, quæ valde in hoc errabant dicentes, non conferre gratiam, sicut alia sacramenta: glo. in *c. quicquid. 1. q. 1. in c. cum in ecclesiæ corpore. de simo. & glos. in c. fi. in verbo sacramentis. de senten. excom. lib. 6.* licet *Ioan. Andr.* in nouella postea id temperauerit: sed verum est conferre gratiam matrimonium, etiamsi secundum, vel tertium sit, vt per *Card. Sancti Sixti in c. si dormierit. 31. q. 1. vers. ad primum.* Et ideo videbatur matrimoniũ hæc com mercia excludere. quia tamen matrimonium non solum est sacramentum, sed est officium naturæ, & habet rationem ciuilis contractus, vt dicunt recentiores, maximè *Dominicus de Soto. in 4. sentent. dist. 26. q. 2. art. 3.* admittit omnia illa, quæ alij contractus recipiunt. Ideò licet dare pecuniam pro matrimonio, neque committitur simonia, secundum *S. Thom. 2. 2. q. 100. art. 2. ad 6.* & declarat *Card. Sancti Sixti in dict. c. his ergo. num. 4. 23. dist. & in c. placuit num. 6. 32. dist.* 9

Error glossarum.

Dare aliquid, vt habeat a Deo nõ est simonia. Abb. c. scriptura. in §. de voto. quid de primogenitura Esau, vid. Turrecrem. in c. quam pio pericu'o. 1. q. 1.

S. Thom.

Ex his apparet non esse eiusdem rationis ingressum religionis cum matrimonio. Nam si fraudandi fideicommissarij causa quis ingrederetur religionem, non sine peccato id faceret, ideoque non excluderetur fideicommissarius, ad quod facit tex. in *c. fi. 19. q. 3.* vbi fraus circa religionem efficit, vt monasterium bona restituere teneatur, licet professio firma remaneat. 10

Ingressus religionis in articulo mortis non excludit substitutum.

Præterea licèt monasterium loco filij habeatur, vt excludat substitutum, vt in *d. c. in præsentia.* Negari tamen non potest hanc interpretationem potius iure constituto pietatis, & religionis fauore inductam esse, quàm ex vi verborum, Ideo non ita latè hoc interpretandum est, vt fraudis suspicio, seu potius veritas non

 tollat,

tollat hoc priuilegium. Præterea pro ista parte videtur tex. *in c. de his. de sepultur.* vbi licet ingressus religionis, & votum in articulo mortis valeat, tamen si in eadem infirmitate decedat, non fit præiudicium in illis, in quibus non ita liberè disponere poterat. Sed substituti ius non leue est, ideò maximè curari debet, ne temere à successione, fraude forsan adhibita, excludatur substitutus. Et ita verius est per ingressum religionis in ea infirmitate, qua quis decedit, substituto non fieri præiudicium, etiam si aliter de fraude non constet, quia suspecta est adeo sera deuotio, quæ alteri damnum inferat, vt in text. suprà alleg. Nam etiam posset hæres, facta restitutione fideicommissario, religioné deuotissimè ingredi, remota omni suspicione fraudis, à qua, ne dũ ab ipsa fraude religiosi debent esse remoti: neque pietatis causa aliud exigit. Nam causis pijs debitores ita sumus, dum alijs iniustitia non fiat, vt *c. ex tenore. de foro compet. in cap. nuper. de donat. inter vir. & vxor.* & omnis interpretatio facienda est, ne de facili fraus fieri possit, vt latiùs dicemus infrà, in *cap. de legum interpretatione*, quæ omnia in legitimatione, quę fit per matrimoniũ cessant per supradicta: ideò verius est per matrimonium tempore mortis contractum, quo filij legitimantur, excludi substitutum, quamuis expressè id in damnum substituti fiat, licet doctores non ita interpretentur.

CAP. VII.

Iterum de materia text. in c. Tanta. qui filij sint legitimi, & quis hodie dicatur filius naturalis de iure ciuili, & canonico, etiam quoad successiones.

SVMMARIVM.

1. *Quis sit naturalis filius de iure ciuili.*
2. *Ex communi vsu loquendi naturales appellantur omnes, qui ex soluto & soluta sunt procreati.*
3. *Quoad successionem, quis dicatur filius naturalis.*
4. *Correcta ratione legis & lex ipsa videtur correcta.*
5. *Non requiritur quòd concubina sit vnica, & retenta domi, vt filij sint naturales.*
6. *Taciturnitas nobilitatis non vitiat dispensationem.*
7. *Quæ circunstantia sit confitenda.*

DE legitimatione per subsequens matrimonium visum est in præcedentibus, qualiter sufficiat, vt filij per subsequens matrimonium legitimentur, quòd eorum parentes tempore quo filij geniti sunt, possint matrimonium contrahere: videndum nunc est, num
1 hoc sufficiat, vt quis sit filius naturalis: quod ad plures iuris partes opus est intelligere, & non leuem dubitationem habet. Nam si ius ciuile inspiciamus, dubium non est, vt quis naturalis filius sit, opus esse, vt ex concubina nascatur retenta in domo, & quòd vir ipse cum illa solam consuetudinem habuerit, & vt vterque solutus sit, vt in *authen. quibus mod. natural. effici. sui, §. si quis autem. & in auth. quibus modis natural. effici. legit. §. sancitum, §. pen. de nupt. l. cum quis. C. de natural. liber. glos. nota. in cap. nisi cum pridem. verb. manceres. de renunciat.* requirebatur autem iure ciuili quòd esset domi retenta, vt magis certitudo filiorum haberetur, & vt ex muliere ad quam affectionem indubitatam haberet, essent procreati. Coucubinatus enim iure ciuili permissus erat, vt per *tot. de concubi.* in solutis scilicet, non aliàs, vt *C. eodem tit. l. 1.* Nam & concubinatus parum iure ciuili distabat à matrimonio: vt *ff. de leg. 3. l. item legato, §. parum refert.* Ideò vnica esse debebat, vt & vxor, *C. ad l. Iuli. de adulter. l. eum qui duas.* Sed cùm concubinatus iure canonico sit prohibitus, vt in *c. nemo. 32. q. 4. cum glos. Alber. in l. cum quis. C. de natural. lib.* & sit magis detestabilis concubinatus, & continuata fornicatio, maximè domi muliere retenta, quàm si non continuata sit consuetudo, vel ad meretricem fiat accessus; hac ratione fiet, vt hodie nullus possit dici filius naturalis, cùm natus ex meretrice naturalis esse non possit, cùm hoc lege aliqua non reperiatur, quia tales spurij sunt. Item nec ex concubina naturales dici possent, cùm hodie iure canonico concubinatus sit prohibitus, & cum grauiori peccato filij habeantur, vt *extrau. de consu. cap. fin.* ridiculum enim est melioris conditionis esse eum, qui diutius in peccato perseuerauerit, vt *ff. de furt. in l. infitiando. in §. infans. Abb. cap. tanta. colu. fin. qui fil. sint legitimi. & cap. innotuit. de electio.* & ita cùm hodie accessus ad meretricem trahi non possit ad approbationem, de qua in *l. in concubinatu.* congressus verò cum concubina damnabilior sit, quam cum meretrice, ideò non possit maiorem prærogatiuam filijs tribuere, sequitur quòd nec naturalis dici possit. Nam concubinatus ad dissimulationem accessus ad meretricem, non autem accessus ad meretricem ad iuris ciuilis approbationem antiquam concubinatus trahi potest: ideò attento rigore, vt dixi, non potest negari quòd hodie nullus propriè possit dici filius naturalis, cùm expresè concubinatus prohibitus sit, & congressus cum meretricibus sit solum dissimulatione impunitus.

Sed ex communi vsu loquendi omnes na- 2 *Quis dicatur naturalis.*
turales appellantur, qui ex soluto & soluta geniti fuerint, inter quos possit esse matrimonium, vt dicit *Abb. cap. per venerabilem, qui fil. sint legitimi. super glos. naturalibus.* post Anton. non tamen dicunt, vt ego existimo, quod sint naturales, nec vtantur legibus de naturalibus loquentibus, licet *D. doctor Couarruu.* nunc meritissimus Episcopus Segobiens. *in 4. 2 parte. cap. 8. §. 4. num. 2. in fin.* alleget prædictos ad hoc, vt iure canonico hoc receptum sit. Sed neque prædicti nec aliquis antiquorum hoc dicit, præter *Bald. consilio 129. uumero 3. volum. 2.*

volum.2. Imò *glossa iuris canonici, Anton. Abb. & alij*, quos allegat *Gozadin. consil. 21. numero 23.* semper quando loquuntur de naturalibus, faciunt mentionem de muliere retenta domi, sicut & *Alber. in rubr. de natural. liber. in princip.* ius ciuile in practica considerat, & *Specul. Ioan. Andr. & Hostiens. in tit. qui filij sint legitimi. & in tit. de successio. ab intest.* & omnes ferè doctores iuris cannnici, & summistæ, quando de naturalibus filijs loqnuntur, requisita à iure ciuili considerant. Nam & *Abb. in isto cap. tanta. in num. 12.* vult, quoad successiones ius ciuile seruādum, quod non reperiatur correctum, quod etiam subsensit *Cardina. post Hostiens. in cap. lator. in col. 2. qui filij sint legitimi.*
3

Mihi tamen verius videtur opinio Bald. & R. Episcopi, & in vtroque foro, tam ecclesiastico, quàm seculari sequenda: quia non videtur tutum, vt iure cannonico non possint dari filij naturales: cùm de his fiat mentio, in *cap. per venerabilem. qui filij sint legitimi.* Nec est dicendum, quòd sint omnia superflua, quæ de ijs reperiuntur scripta: quòd si sint filij naturales, ne detur occasio diutius remanendi in peccato, vel ne melioris conditionis sit, qui grauius peccat, admittendum est, vt filij naturales censeantur, etiam si mater non sit domi retenta. quod fatetur *Abb.* contra Bart. *in isto cap. tanta. colu. fi.* quoad legitimationem per subsequens matrimonium. Sed indistinctè idem tenendum est cum Bald. & R. D. Episcopo. vt latiùs, & confusè more suo in omnibus nimius, prosequitur *Fortunius, de vltimo fin. numero 135. & num. 137. & num. 139.* Quia sublatis iniquis à iure ciuili requisitis, necessariò sequitur, naturales eos esse, quorum parentes contrahere matrimonium potuerunt, cum aliorum omnium punibiles sint accessus, quia reprobata causa legis, lex ipsa sublata videtur: glos. in *l. 1. ff. de legiti. tuto. & cap. de puellis glos. fin. 36. q. 2.* text. in *cap. à multis. de atat. & qualit. & in cap. miramur. de seru. non ordin. l. fi. in fi. C. de nupt. Tiraquell.* latiùs *tractat. ces. cau. f. 1. parte. num. 125. cum sequent.* quod optimè lex Regia Hispaniarum respexit: ideo & in successionibus idem dicendum est contra Abb. Nam sufficere debet iniquitas iuris ciuilis, vt ea distinctio reijciatur, & quòd in *cap. tanta.* solùm consideretur, quòd personæ sint tales, inter quas possit esse matrimonium, vt filij antea habiti legitimari possint eo secuto: qui sit vt corrigatur *l. cùm quis. C. de natural. liber.* & eius ratio cum omnibus, quæ inde sequebantur, & per consequens illa restrictio, vt sint habiti ex muliere retenta in domo, reijcitur: vt sine ista
4 qualitate filij naturales habeantur. quod hodie per dict. leges in regnis Hispaniæ, in legibus Tauri, optimè expressum est, vt naturales prædicti filij sint. Nec enim id requisiuit lex ciuilis, vt certi sint filij, licet certiores sint muliere retenta in domo, quàm aliàs forent;
5 sed vt ostenderetur affectio indubitata ad

Defenditur D. Episcopus S egob ens.

mulierem, quam loco vxoris ferè ius ciuile reputabat, vt *d. l. Item legato. in §. parui refert.* Ideò debebat esse vnica. Nam quoad certitudinem attinet, si quærimus de indubitata, etiam ex vxore difficile est, vt dari possit, vt *ff. de condi. & demonst. l. Lucius* secundùm vnum intellectum. Nam vt dicit *Homerus*: μήτηρ μέν τ' ἐμέ φησι τοῦ ἔμμεναι, αὐτὰρ ἔγωγε οὐκ οἶδα· οὐ γάρ πώ τις ἑὸν γόνον αὐτὸς ἀνέγνω. Si de alia scilicet præsumptiua, etiamsi extra domum sit, haberi potest.

Et ideò cùm in hac materia peccati, ius canonicum attendi debeat, & animæ, quo iure solum natura ipsa inspicitur, nec est habenda acceptio personarum, neque interest inter nobilem, vel ignobilem, pauperem, & diuitem, seruum & liberum, vt in *cap. 1. de coniug. ser.* non erit attendenda dispositio, *l. 1. C. de natural. liber.* nec *l. libertum. C. de nupt. & l. A caligato. & l. Imperialis.* quæ inter dictas personas distinguebant, & constitutos in dignitate cum humilibus, vel libertinis contrahere matrimonium prohibebant. Quod etiam in dispensationibus, & legitimationibus, quæ à Principibus ecclesiasticis fiunt, erit attendendum, vt nec taciturnitas nobilitatis, vel diuitiarum, vitiet dispensationem, de quo aliquid per *Hostien. de fil. presby. cap. fin. circa fi.* licet non satis in hoc sibi constet, & malè alleget *C. ad Senatusconsult. Orfician. l. si qua illustris.* illa enim lex iure cannonico non est consideranda, sed in fine videtur Hostien. recedere ab illa allegatione. 6

Et facit, quia, vt quis liberetur à peccato per sacramentum pœnitentiæ, non reperitur quòd teneatur dicere qualitatem nobilitatis, vel diuitiarum suarum, vt in peccato fornicationis, vel adulterij: quia hæ qualitates non considerantur quo ad Deum, nisi in materia in qua hæc aggrauant, vt in auaritia, furto, & similibus, in quibus cùm etiam hoc non reperiatur esse necessarium, multò minus in dispensatione erit opus hæc exprimere. Cùm sicut Deus non habet, ita nec eius ministri debent in dispensando habere acceptionem personarum, imò eius debent sequi exemplum *Act. 10.* & ita cum Hostien. eum referēdo tenet *Ioan. And. dict. cap. fi.* quod non irritetur dispensatio, etiamsi non sit dictum quòd sit Comes, vel Baro, nisi in casu *dict. l. si qua illustris.* Et idem etiam tenet *Abb.* qui omnes dicunt, id maximè procedere, quia in dispensationibus non solent parentum nomina poni, & ita stylo prædicti iuuari, & sic supradicti tenent nobilitatis taciturnitatem, status, Comitatus, vel Ducatus, non vitiare dispensationem, licet *Alexan. consil. 195. nu. 9. lib. 2.* alleget prædictos ad opinionem contrariam, de quo per *Felin. in cap. postulasti num. 2. extra. de rescript.* Ego autē puto, etiam in casu ipso *l. Si qua illustris.* opinionē veriorē esse, quòd non sit opus aliqua expressione nobilitatis, cùm apud Deum, & eius ministros

non sit personarum acceptio. Et hoc maximè in dispensationibus ecclesiasticis: seculares enim habent *dict. l. si qua illustris, & dict. l. 1. C. de naturalib. lib.* Sed quia in his materijs potius ius canonicum est inspiciendum, non sunt attendendæ prædictæ leges.

Nec obstat 40. *dist. cap. homo Christianus.* vbi plus peccat in dignitate cõstitutus. quia etiamsi is plus peccet, & etiam doctus quàm indoctus, *extrau. de homici. cap. sicut dignum.* tamen non est opus hoc exprimere in dispensatione,
7 sicut nec in confessione, est exprimendum. Sed solum illæ circunstantiæ, quæ mutant speciem peccati, vt exprimitur in *concil. Trident.* & ita quanquam dignitas aggrauat, non tamen ita vt exprimi debeat, quando non mutat speciem peccati, vt dictum est, de quo per *Caietan. prima secunde q. 17 art. 1. Doct. Nauar. in summa, c. 6. & in cap. consideret. num. 49 de poeni. distinct. 5.* diximus supr. c. 5. quamuis *R. Dominic. de Soto in 4. dist. 18. q. 2. art. 4.* tenet quòd omnis circunstantia notabili modo ad iudicium sapientis aggrauans peccatum, siue mutet, siue non mutet speciem, sit necessario confitenda, de quo latè per eum: quoad propositam verò nostrã materiam dispensationis, dubium non est, id quod non mutat speciem exprimi non debere. Faciunt quæ ponit *Angel. Areti. in §. fin. insti. de nupt. Tiraq. de Nobil. cap. 20. num. 172. Couar. 2. part. c. 8. §. 2. nu. 8. & 9.* & ita sine vlla distinctione geniti ab his, inter quos tunc poterat consistere matrimonium, etiam si mater concubina non sit vnica, & domi retenta, legitimantur per subsequens matrimonium, etiam instrumentis dotalibus non interuenientibus, vt suprà diximus in alio capitulo, nullo facto discrimine personarum nobilium, vel ignobilium, inter quas tamen consistere possit iure canonico matrimonium: quinimo ad omnes effectus prædicti filij naturales habentur, & sunt à iure ciuili solemnitatibus requisitis non consideratis, quæ, vt inuitantes ad maiora peccata, sunt reijcienda, licet in hoc inter doctores sint variæ opin. vt per *Anton. Gabriel lib. 6. tit. de legitimatio. conclus. 1. num. 46.* cum plur. seq.

De circumstantia peccati.

CAP. VIII.

Vtrùm in legitimandis liberis eorum consensus requiratur: & an legitimatus excludat substitutum.

SVMMARIVM.

1. *Vtrum requiratur filiorum consensus, vt legitimentur per subsequens matrimonium.*
2. *Intellect. §. generaliter. quibus modis naturales efficiuntur sui.*
3. *An in legitimatione filiorum requiratur citatio eorum quorum interesse potest.*
4. *Legitimatio an præiudicet alijs filijs, vel venientibus ab intestato.*
5. *Præiudicat si fit de patris voluntate.*
6. *Necessarijs hæredibus legitimatio non præiudicat.*
7. *Clausula sine præiudicio venientium ab intestato, nihil operatur. & num. 9.*
8. *Clausula præseruatiua nihil tribuunt.*
9. *Clausula sine præiudicio solum operatur in fauorem descendentium.*
10. *Legitimatus filius sine voluntate testatoris, nunquam excludet substitutum.*
11. *Talis legitimatio solum in ipsius principis præiudicium operatur.*
12. *Citatio partis in ea re parum operatur.*
13. *Vtrum princeps possit permittere alienationem rei fideicommisso subiectæ. & num. 22.*
14. *Distinctio vtrùm sit iure gentium vel ciuili res quæsita, est falsa. & num. 17.*
15. *Quomodo intelligatur quòd ea quæ sunt iuris ciuilis potest princeps mutare.*
16. *Delatam hæreditatem Princeps auferre non potest.*
17. *Inter ius gentium & ciuile nihil interest in hac materia.*
18. *Princeps ius etiam ad rem auferre non potest.*
19. *Vbicunque requiritur causa, debet ea probari.*
20. *Distinctio inter ordinariam potestatem & absolutam reprobatur.*
21. *Voluntatem in piam, vel publicam causam Princeps commutare potest.*
22. *Non autem in priuatorum vtilitatem ordinatam.*
23. *Quid disponens voluit, non quòd melius voluisset; est attendendum.*
24. *Si mista sit publica & priuata vtilitas, potior est priuata causa ad impediendum voluntatis commutationem.*
25. *In beneficijs pontifex plenissimam habet potestatem.*

SVprà de legitimatione filiorum per subsequens matrimonium aliqua tetigimus, nũc quæ ibi omisimus prosequamur. Primum quod & ibi diximus, iure canonico solo in hac materia inspecto filios legitimari sine aliqua solemnitate, vel instrumentorum dotalium, vel 1
aliqua habita distinctione nobilitatis, ingenuitatis, vel libertinitatis, cuius apud Euangelium, quod ius canonicum solum respicit, nulla ratio habetur, quo fit vt nihil intersit, vt filij legitimentur, quòd ex concubina domi retenta habiti sint, vel non, vt ibi diximus: nunc verò quæritur: An consensus ipsorum filiorum requiratur, vt per subsequens matrimonium legitimentur. & in hoc textus videtur expressus, qui vult, quòd eorum requiratur consensus in *authen. quibus modis natural. effic. sui. §. generaliter*, quem not. plures doct. ad hoc, vt refert *Acosta in l. Gallus in §. & quid si tantum: verb. pateretur, num. 116. pag. 62. & Anto. Gabr. lib. 6. de commu. conclu. tit. de legitim. 1. conclu. numero 16. versic. contrarium. & Ludou. de Sard. de natural. lib. 2. 2. part. princ. tit. de requisi. legitima. num. 2. & 3.* mihi autem contraria sententia verior videtur: cum *Angelo*, quem ipse reprobat, & *Salic. Prepos. & Palati. Rub.* quos ipse refert, & quos refert *Gabriel, vbi sup. versic. 7.* ratio est, quia hoc matrimonio tribuitur, quòd possunt parentes sine filiorum voluntate liberè contrahere; ex quo

De intell. §. generaliter. quibus mod. natu. eff. sui.

Inuito beneficium aliquando confertur, vt per Abb. in c. clericis num. 3. de

re

vita & honesta. cler.

re ipsâ, non ex voluntate inducitur legitimatio. nemo enim faciendo actum legitimum, potest efficere vt effectus legis ex eo non sequatur, *ff. de lega. 1. in l. nemo potest.* Sicut non possent partes efficere pacto, vt filij non legitimarentur per matrimonium, vt per *Gabri. vbi sup. num. 16.* Ita nec filiorum voluntas erit attendenda. Nec obstat in simili text. *de filijs natur. ex matrim. ad Morgan. contract. c. 1. in vsib. feud.* quia text. ibi fuodabatur consuetudine, quæ vim legis habet. Item loquitur de quibusdam matrimonijs, & barbaris pactis, quæ extra terminos illarum consuetudinum trahi oon possunt, quia irrationabilia sunt, nec extendenda. Imò illa, quodammodo iure communi, vt barbara repellontur. argumen. *extrau. de sponsal. in cap. de Francia quidam.*

Effectus legis fit sine voluntate patris.

Solum opus est respondere ad *dict. §. generaliter,* vbi requiritur filiorum consensus. Sed ille text. oon obstat; quia respondeo, quòd si consideramus ius ciuile, vera est opinio prædictorum, quia iure ciuili subsequens matrimonium non simpliciter legitimat filios iam natos, sed si instrumenta dotalia conficiat pater, vt *dict. legibus, & C. de natur. lib. l. cum quis. & authen. sed nouo iure.* Ideò legitimatio non à solo matrimonio pendet, sed à voluntate patris, si velit instrumenta dotalia conficere: nimirum si à voluntate etiam filij pendeat legitimatio, nec sufficiat nudum matrimonium, sed & consensus reqoiratur.

2 *Singularis interpretatio.*

At iure canonico, quo instrumenta ista dotalia noo requruntur, sicut inuito patre legitimantur filij, per subsequens matrimonium, ita & iouiti filij legitimabuotur, quia hæc virtus est matrimonij, & legis effectus, quæ priuatorum voluntate, vel pactis impediri non potest. Et hæc est vera & notabilis declaratio *dict. §. generaliter.* & materiæ, quam non satis doctores assequuti sunt. nam *D. Episco. Segobien. qui in 4. lib. decret. 2. part. cap. 8. §. 2. num. 13.* existimat *dict. §. generaliter,* non loqui de legitimatione, quæ sequuto matrimonio fit, loquitur cootra text. ipsum ibi: Siue instrumentorum celebrationem,] id enim ad legitimationem, quæ fit per subsequens matrimonium, pertinet, vt suprà dictum est. neque enim alio modo iure ciuili per matrimonium legitimantur, vt apparet per *tot. authent. Quib. mod. natural. efficiant. legiti. collat. 6.* in alijs autem legitimationibus, quæ facto principis fiunt, consensum filij requiri iustum est, & rationi consonum: beneficium enim in iouitum conferri non potest, cum hoc agitur principaliter, sed vbi per matrimonium legitimantur, in consequeotiam necessariam legitimatio inducitur. Ideò solum principaliter quod filijs inuitis fieri potest, matrimonium attenditur. Sicut & inoito filio, adijcitur frater per legitimationem, per subsequens matrimonium, & hæc naturalis ratio, & seosus communis comprobat. Ideò ad hanc legitimationem per subsequens matrimonium, nec

Contra D. Episco. Segobien.

aliquis citandus est, nec aliquis in fraudem fuisse factam, etiamsi articulo mortis fiat, conqueri potest, vt aliàs diximus io *tit. ff. de liber. & posthu. & suprà cap. 6.*

An autem in alijs legitimationibus requiratur citatio eorum quorum interest, vt eis præiudicet, quæstionis est, quod *Doctores §. & quid si tantum.* passim admittunt. Sed opinio eorum noo est vera. Citatio enim ad actus iudiciales adaptatur, noo ad gratias quas Principes facere solent: nec enim locus ille talis est, vt controuersiæ decidantur, vbi etiam sine mandato agentes interuenire solent, & admittuntur. Nam sine mandato ad impetrandum fiunt gratiæ ad cuiuslibet suggestionem, & sine mandato ad contradicendum etiam quilibet solet admitti, vt passim in signatura videmus. nam materia *cap. nonnulli. in §. sunt & alij.* noo seruatur in Romana curia. Nec si citationes, & alia solennia fierent, de his appareret: quia nec in actis rediguntur, nec acta fiunt, oec notarius interuenit. Sed hæc omnia sostioentur, quia secundum narrata fit gratia, in qua subintelligitur clausula, Si preces veritate oitantur, ad cuius verificationem, in iudicijs cùm lis incidit partes citantur. Ideò Princeps regulariter non aliam capit informationem, quàm quæ à parte narratur, quia sub conditione, vel tacita, vel expressa, rescribit, vt *c. 2. de rescript. & l. fi. quæ incip. vniuersa. C. de diuers. rescript.* Ideò frustra de citatione quærendum est, solum esse posset necessaria, cùm commissaria datur gratia, dispensatio, vel legitimatio. tum enim commissarius facit processum, partibus quorum interest citatis, in gratiis autem non commissarijs, nunquam citatione opus est. Nam nec locus ille iudicij est, sed gratiæ, oec aliquid expediri posset, si lis pro gratia fieret. Ideo doctores oostri, qui non moltû fuerunt versati in curia, in *dict. §. & quid si tantum:* malè hoc requirunt.

3 *De citatione in legitimationibus.*

Facta autem gratia legitimationis, an præiudicet alijs filijs, vel eis, qui successuri fuor ab intestato, quæstionis est: in quo prima sit conclusio. Quòd si pater velit filium legitimari, & hoc ipse petijt, legitimatio talis præiudicat omnibus illis, qui inuito eo succedere non possent, & ita alijs filijs vltra legitimam, quæ si soli essent, eis deberetur, & omnibus alijs venientibus ab intestato, quorum voluntaria, non necessaria, est successio, præiudicat dicta legitimatio. ratio est, quia cum concurrat potestas patris, qui poterat de his bonis liberè disponere, concurrit etiam voluntas. nam faciendo filium legitimari, videtur excludere remotiores, & filijs cohæredes dedisse filios legitimatos, cùm posset salua sua legitima, dare eis etiam cohæredes extraneos. Concurrit principis (qui legis loco succedit) factum: si enim arrogando pater potest hoc efficere, quare non legitimando? Et hæc est vera conclusio: & idem quando non in vita, sed in testamento fieri petijt testator, quia poterat eos instituere

4 *De legitimatione, quæ fit petito patre.*

in

in tempus legitimationis. l. in tempus, ff. de herede instit. Ideo voluntas hæc legitimandi cum facto principis, hoc efficit in præiudicium prædictorum. Et ita intelliguntur quæ tradit Acosta, vbi supra a num. 162. vsque ad num. 173. per text. anthen. Item fine de nat. liber. facit optimus text. in l. filia sua in §. Titia vxor, ff. de conditio. & demonstra. text. singul. in l. ideoque, ff. de liber. & posthum.

Abb. consil. 86. num. 1. lib. 1.

6 Secunda conclusio, necessarijs hæredibus (appello autem hic necessarios, qui nobis inuitis succedere possunt) pro ea parte, quæ sibi debetur, quia hæredes necessarij sunt, Princeps legitimando præiudicare non potest. Ideo efficere non potest, vt succedat legitimatus in fideicommisso, nec enim potest defuncti voluntatem mutare. C. de testament. l. testamentum. facit de condi. & demonstra. l. fideicommissum, de quo latiùs infrà dicemus.

De hæredibus necessarijs.

7 Tertia conclusio, legitimatio facta accedente patris voluntate, præiudicat illis, quibus poterat pater præiudicare, etiamsi ponatur clausula, sine præiudicio venientium ab intestato, quia intelligi debet hæc de descendentibus, pro quibus solis videtur hæc clausula posita per suprà dicta: tum quia rarum est, vt alij deficiant, & vana esset, & sine effectu legitimatio ad succedendum, si à quolibet etiam in longinquo gradu existente esset filius excludendus; tum etiam quia frustra eorum iura præseruarentur, quæ nulla essent, vel sunt, cum ille de cuius bonis agitur liberè eis præiudicare posset: & ita credo verissimam opinionem Angeli consilio 264. num. 3. incip. Viso. & Anchar. consi. 153. incip. pro fratribus num. 5. Alexan. consi. 51. col. 2. vers. fortius. lib. 2. & consil. 187. col. 3. & consil. 188. num. 13. lib. 5. Corne. consil. 93. num. 26. lib. 2. Socin. consil. 46. nu. 6. volu. 3. Ias. consil. 110. col. fi. lib. 4. Ruin. consil. 3. lib. 1. Crot. in l. Gallus. in §. & quid si tantum. num. 144. & Galia num. 90. Zucar. l. posthumo nato. num. 57. de bon. possess. contra tabul. Gratus consil. 63. num. 23. lib. 1. Ann. consil. 29. num. 5. tradit Felin. c. cum olim. col. pen. versi. 2. num. 45. de re iud. Beltrand. consi. 26. num. 14. part. 2. lib. 2. Alciat. consil. 6. num. 23. tom. 1. lib. 5. & in antiq. impress. 266. num. 12. tradit idem Alciat. in rub. ff. de libe. & posthu. Soci. Iunior consil. 97. num. 42. lib. 2. & Capi. decis. 22. qui tenent quòd excludant etiam ab intestato transuersales, non tamen descendentes, quæ opinio verissima est: licet forsan alia contraria opinio, scilicet quòd non succedat ab intestato, sed excludatur à consanguineis, si cum ista clausula fit, patre etiam petente, filius legitimatus per plures doctores approbetur. Nam eam tenuit Bald. inter consil. Angel. consil. 265. Anch. sibi contrarius consi. 241. num. 4. Aretd. Gallus. §. & quid si tantum. num. 26. Corne. qui alios refert, consil. 3. lib. 2. & consi. 95. lib. 2. supra alleg. & consil. 34. num. 8. lib. 1. Socin. d. §. & quid si tantum. num. 8. & consi. 97. num. 42. & consil. 120. num. 22. & 212. lib. 2. & consil. 95. num. 39. & 41. lib. 4. Bened. de Cap. consil. 157. Capol. consil. 26. numer. 22. Cuman. consil. 116. col. fin. versi. secundo loco addi. Alex. consil. 188. vol. 5. & 51. colu. 2. de commun. attestatur Curtius Senior consil. 74. num. 27. quam tenet Vbald. de success. ab intest. num. 117. 1. part. Io. Dilecti. Guald. in tracta. de arte testand. lib. 3. caut. 18. dicit commun. Deci. consil. 338. numero 3. & 4. & in consil. 610. num. 1. dicit commu. Ruin. consil. 79. num. 4. versic. & istud. lib. 3. Soci. Iunior consil. 120. numer. 16. lib. 2. dicit commun. tenet Ludou. de Sard. de natural. lib. 5. quæst. 7. quæstionis principa. numer. 10. & 11. Gozadin. consil. 6. num. 14. & consil. 29. num. 3. Riminal. consi. 4. num. 9. lib. 1. tenet Dida. de Couar. R. Episcopus Segobien. lib. 4. decret. 2. part. c. 8. §. 10. col. 2. Capi. vbi supra sentit etiam commun. tamen eorum opinio falsa est, cùm clausulę præseruatiuæ non tribuant aliquod ius. vt ff. de pact. dot. l. Bebius Marcellus. At hi, volente patre eos excludere, vt fecit legitimando, nullum ius habent, quod sibi possit præseruari. 8

Verior opinio contra magis communem.

Nec obstat quòd appositio dictæ clausulæ nihil videatur in hac specie operari, quia efficit, vt illis venientibus ab intestato, quorum ius est necessarium, conseruetur, non quorum ius est voluntarium, quæ etiam operatur, & vtilis est, & alijs quorum non est necessarium filio petenti, patre forsan mortuo legitimatio concedetetur. Licet tunc etiam si ea non poneratur, non præiudicaret legitimatio obtenta tempore quo alijs est ius delatum, sine parentis voluntate: quinimò, vt suprà dictum est, nullo tempore sine voluntate patris concessa legitimatio, poterit ipsi hæredem imponere à se non approbatum, vel agnitum, vt in l. fideicommissum, ff. de condi. & demonst. item nec est necessarium, vt semper dicta clausula Sine præiudicio, &c. aliquid operetur. nam etiam non habenti legitimos descendentes filios legitimare petenti, ista clausula Sine præiudicio adijci solet: quia vt suprà diximus, cùm hæ legitimationes, nec citata parte, nec cum causæ cognitione, sed liberè fiant, ponuntur hæ clausulæ, non quæ speciali casui aptissimæ sint, sed quæ de stylo solent poni, vel quia eo tantummodo potestas dispensandi data est, quando dispensatio fit ab inferiore, vel etiam quando à Principe; quia non datur cum causæ cognitione, quia sunt in formularijs, ex quibus reguntur expeditores, & in quinterno Cancellariæ habetur, vt ea clausula in legitimationibus ponatur, non quòd ad eam speciem de qua agitur aptari possint, & debeant, sed eis solum cauetur, ne ius necessarium: quod ipse dominus bonorum auferre non posset, hac legitimatione tollatur, non verò, vt ius voluntarium, quod nullius considerationis fit, præseruatum videatur.

De clausula sine præiudicio venientium ab intestato.

Denique hæc verba solum in fauorē descendentiū operantur. Et licet verba aptiora his reperiri possint, tamen solum ad tollendū præiudicium posita sunt, quę necessaria sunt tantum, vbi præiudiciū considerabile est, & tunc solum effectum operabuntur. Clausulæ enim hæ generales euentuales sunt, & ex formularijs 9

sæpe

sæpe assumuntur, ideò non est opus, vt semper verificentur, sicut in venditionibus prædiorum adijcere notarij solent, cum suis siluis, montibus, fontibus, riuis, aquis, pascuis, &c. quod eo pertinet, vt si fortè sint, comprehendantur clausis; non tamen hæc omnibus prædijs venditis aptari possunt, cum hæ non semper prædia habere soleant: facit text. in *l. in lege, & in l. fundi. ff. de contrahen. empt.*

10 *De legitimatione sine patris voluntate.*

Quarta conclusio, legitimatus filius sine voluntate testatoris, non excludit substitutum qui vocatus sit sub conditione, si sine liberis decesserit, non enim potest Princeps efficere, vt ille, qui vocatus non sit ad successionem, admittatur, aliumque vocatum excludat, *ff. de cond. & demonstr. l. fideicommissum. & l. si ita quis. in §. si cui in tempus, ff. de lega. 2.* Quam opinionem optimè semper defendit *Decius. l. generaliter, §. cum autem. C. de insti. & substi. & consil. 284.* licet non defuerint doctores, qui tenuerint contrariam opinionem; quos refert *Tiraquel. l. si vnquam. verbo susceperit liberos num. 84. C. de reuo. donatio.* Sed pro prima opinione quam *Ias. in l. 2. num. 204. C. de iure emphyt.* dicit magis communem. & multi quos refert *Tiraq. vbi sup. num. 99.* est text. in *l. testamentum. C. de testam.* quod etiam suadetur. Quia vbi dispositio testatoris ab initio aliquid non comprehendit, ex futuro euentu, & facto alicuius, effici non potest, vt comprehendatur. textus est notabilis *ff. de aur. & arg. legat. l. pe. in §. fi.* ibi, Quod ante quam moueretur ex vrbe in Tusculanum iussu testatoris translatum esset, deberi: contra fore si iniussu translatum esset.] Ideò ille, qui testatoris verbis non comprehenditur ex facto superuenienti non comprehendetur nisi ex eius voluntate superueniat. Facit etiam tex. elegans, qui istam distinctionem probare videtur, in *l. cætera. in §. sed si par autem. ff. de leg. 1. in fi.* facit etiam quod not. *Bart.* per illum text. in *l. nomen debitoris. in §. 1. ff. de lega. 3.* & facit text. in *l. insulam, ff. de verb. obligat.* ibi, Neque enim stipulationis status, cuius dies certus in exordio fuit, ex post facto mutatur.] Ita nec dispositio testatoris, ex his quæ postea acciduntur, debet immutari. facit text. in *l. damni infecti stipulatio. in §. si is, qui duas, ff. de dam. infect.* ibi, Non augeri promissionis obligationem.] Facit etiam *de contrahend. emptio. l. Rutilia Polla.* verba enim generalia, & futura factum naturæ, non hominis comprehendunt. Ideò si gregem legauero, augmentum naturale venit; immissa autem per aliquem capita non comprehendentur. Faciunt notata *ff. de leg. 2. l. cum ita. in princ.* vbi est tex. notand. fac. tex. in *l. si cui ædes. ff. de lega. 3. & in l. vxori suæ.* arg. contra *l. nomen debitoris. in fi. princ. eo. tit.* Sed ibi accessorium & incrementum sine damno, & quodammodo est naturale. vid. *§. filio. ea l. & l. Iulia. in §. fi. cum glo. eod. tit. & l. quæsitum. §. fi. & l. seruus qui. & l. si ita legatum.* Ita filij per naturam facti, non illati per Principem sine disponentis voluntate comprehendentur. fac. *C. de ijs, qui ven. ætat. l. 1. & fi.* ex ijs facilè intelliges dictam opinionem esse falsam, & ea quæ tradit latè *Gozadi. consil. 92. per tot. à num. 13.* quem vide *in consil. 85.* facit text. elegans in *l. nec ei. in §. 1. ff. de adoptio.* ibi, Ne sit in potestate tutorum, & finire tutelam, & substitutionem à parente factam extinguere.] & pro ista parte facit doctrina *Bar. in l. si maritus. 2. in §. 2. in §. legis Iuliæ. versi. 2. est videndum ad l. Iuli. de adult.* vbi effecti ciues statuto ciuitatis, qui aliàs non essent, habentur pro ciuibus, in ijs quæ ciuitas dare potest. non vt in priuilegijs datis ciuibus per superiorem comprehendantur: quia esset aliàs in potestate eorum ampliare priuilegium. Facit *dict. l. fideicommissum, & dict. l. pen. ff. de aur. & arg. legat. cum alijs supra allegatis.*

Solùm ergo legitimatio operabitur in præiudicium Principis legitimantis, vt ad feudum talis filius admittatur, quod esset deuoluendum, si iste non admitteretur, & in præiudicium petentis legitimationem, non in præiudicium verè vocati, vt bene sentit *Ruin. consil. 99. vol. 3. & consil. 95.* vide *Galia. §. & quod si tantum. num. 84.* Quod autem dicunt doctores in *§. & quid si tantum l. Gallus,* & refert *Prepos. num. 28. c. per venerabilem. §. 1. qui filij sint legitimi, & num. 29.* de citatione substituti, vel eorum quorum interest, nihil proficit. 11

Primò, quia vt supra diximus non is locus iudicij est, vt partes citentur. Secundò citatio partis non potest efficere, vt ille comprehendatur, qui à disponente vocatus non fuit; ideo fieri ad hæc citationes inutiles, & superfluum foret. Nec obstat quod *iurisconsultus, ff. de adoptio. l. nam ita Diuus,* velit, vt partes quorum interest vocentur, quia in ea l. per illam arrogationem nihil de successione pupilli immutatur, cum omnia iura successionis præseruentur, ac si arrogatio facta non esset, vt *l. nec ei. in §. 1. d. non aliter. l. his verbis. l. si arrogator.* vbi *Bart. nu. 12. eo. titulo de adoptioni. cum sequen.* & ita in ea specie sunt agnati citandi, quia ipsi lædi possent de facto tantum, si res pupilli ille dispensaret. vbi vero non solum de facto, sed de iure tollendo agitur, ea citatio nihil facit: quia is locus in quo rescribit Princeps non est iudicij, vt probationes formaliter fiant, neque ibi bona per sententiam adiudicantur, ideò ibidem gesta iudicij ordinarij cognitionem expectabunt, vbicunque in præiudiciū alicuius aliquid gestum prætendatur, nisi Princeps ipse de ea re iudicibus cognitionem inhibeat, vt passim fieri solet, apponendo clausulam, sublata aliter iudicandi potestate, &c. Iuxta doct. vulg. *Bart. in l. fi. de cano. frument. vrbi. Roma. li. 11. Card. in cap. diligentia. 3. q. de electio. Villadieg. in tract. de lega. q. 7. colu. 4. versi. Adde.* hæ tamen clausulæ ad tempus prodesse solent; cum facilè ad viam iuris reducantur, & etiam sine reductione intelliguntur, vt & tota gratia, si preces veritate nitantur, cum pars ipsius sint: & eadem ratione qua gratia principalis, est ea clausula concessa. argum. text. 12 *De citatione consanguineorum quòd nihil operetur.* *De clausula sublata.*

singul

ſingul. in *l. doli mali. in §. diuerſum, ff. de nouationi.* quod ſæpe Rota obſeruat: ex his etiam intelliges optimè exiſtimare doctores dicentes filium legitimatum non excludere fœminas, quæ ſtantibus legitimis per ſtatuta excluduntur, quos refert *Tiraquel. in l. ſi vnquam. in verbo, ſuſceperit liberos. num. 98. C. de reuocand. dona.* contra alios quos retulit numer. 82.

13 Ex ſupradictis deduci poteſt, an res prohibita à teſtatore alienari fauore familiæ, poſſit diſtrahi permiſſu Principis: ego exiſtimo regulariter, & ſine cauſa non poſſe, vt in *dict. l. teſtamentum.* Nec diſtinguo fiat ex ea permiſſione præiudicium in re, vel in rem, vt infra dicemus, ſiue ſit factum fideicommiſſum, vel primigenitura iure communi, ſiue Principis authoritate, nihil enim intereſt, vt *C. de teſtam. in l. omnium.*

14 Ad ſupradictorum clariorem intellectum conſiderandum eſt; quod non eſt vera ea opinio, quam aliqui doctores tenent in *cap. quæ in eccleſiarum, extran. de conſtitution.* vbi *Deci. num. 27. verſic. quintus caſus. Prapoſ. in cap. per venerabilem. qui fil. ſint legiti. §. quod autem. num. 26. & Pariſ. conſil. 1. per totum lib. 2. Crot. in §. & quid ſi tantum, l. Gallus num. 136. cum ſeq.* & latiſſimè *Anton. Gabriel. lib. 3. de communib. concluſ. titul. de iure quæſit. non tollen. concluſ. 1. num. 17.* vt diſtinguatur vtrum res ſit iure gentium quæſita, vel iure ciuili, vel ex teſtamento, vel fideicommiſſo, ex præſcriptione, vel re iudicata, vel alijs ſimilibus modis, vt prima ſpecie dominium à Principe tolli non poſſit, ſine legitima cauſa, alijs vero ſpeciebus poſſit liberè, & ſine cauſa. Ideò verior eſt opinio illorum, quos *idem Anto. Gabriel. ibi* refert, qui contrarium tenent.

15 *Vide infra lib. ſequen. c. ſi. num. 6.*

Quod enim dicitur Principem, ea quæ iuris ciuilis ſunt tollere, & mutare poſſe, vt *§. ſed naturalia. & §. ſed quod Principi placuit. inſtit. de iure natural. gent. & ciuili.* eo pertinet, vt lex ciuilis per aliam legem ciuilem generalem tolli, & mutari poſſit, principis voluntate, vel in fauorem alicuius, ſine præiudicio alterius, vt *l. 1. ff. de conſtit. Princip. & d. §. ſed quod Principi placuit.* Sed ſpecialiter in præiudicium alicuius ſine cauſa, id Princeps facere non poteſt. Principi enim Deus ſubiecit leges, ſed non contractus, ſecundum *Bald. in rub. de natura feud. in vſib. feudo.* Ideò leges etiam contractuum vel teſtamentorum mutare Princeps poteſt, ſed non teſtamenta vel contractus ipſos, qui iam ſint à partibus conſtituti. Sic poteſt tollere præſcriptiones, ſed non mihi tollere rem iam à me præſcriptione quæſitam.

Sine cauſa non poteſt adimi ius alicui.

Denique alicui ſingulariter adimere ius ciuile non poteſt. Quod ius ciuile (inquit *Cicero*) eſt æquitas conſtituta ijs, qui eiuſdem ſunt ciuitatis ad res ſuas obtinendas.] Nec princeps efficere poteſt ſine cauſa, vt homo liber, qui nullam culpam commiſit, iure ciuili omnibus alijs communi vti non poſſit. hoc enim ijs hominibus accidere ſolet, qui propter delictum capitis diminutionem patiuntur, vt per *totum tit. ff. de interd. & relega.* Nec enim alicui poteſt ius ciuitatis adimi, quam ſi libertas adimatur,] vt *Cicero pro A. Cæcin.* probat, & vt ipſe inquit in oratione pro domo ſua, Ciuitatem nemo vnquam vllo populi iuſſu amittet inuitus.] Et ita multo minus ciui ea, quæ ciuitatis ſunt, ſine culpa adimi poterunt. Inter ciues enim eſſe, & eo iure quo alij ciues vtuntur, non vti, maxima pœna eſt, quæ ſine maxima culpa imponi non poteſt. vt in *§. alia deinde lex. Inſtit. de publi. iudic.* eſſet enim, vt *Plato 8. de republic.* inquit: Habitare in ciuitate dum nulla ciuitatis pars exiſtat.] Ideò ſi lex verbis generaliter fiat, re autem ipſa alicuius priuati odium reſpiciat, legis vim non obtinet, ſed exceptione doli mali euacuatur, vt in *l. 1. ff. de doli exceptione.* & ibi notatur. not. *Bal. Angel. Paul. & alij in l. 1. ff. de legib.* vbi optime *Claudi. 1. col.* plures doctores referens hoc explicat per duas columnas: nam & ait *Plato in 4. de legib.* Neque cenſemus rectas eſſe eas leges, quæ non ſint communiter totius ciuitatis gratia poſitæ, qui autem aliquarum partium gratia leges condont, eos non ciues, ſed ſeditioſos putamus, & iura ſua fruſtra ſic ab eis vocari cenſemus.] Ex quo ſequitur quod *idem Plato 8. de republic.* ait, Homines intra mœnia eadem habitantes, ſibi inuicem ſemper inſidiari.] Et ita vt ipſe inquit, Reſpublica ſecum ipſa diſſentit, ſæpe etiam abſque externorum opera ſeditionibus agitatur. Nec enim iure quo viuntur alij, vti quis ſine iniuria prohibetur, vt *ff. de iniur. l. iniuriarum, §. ſi quis me prohibeat.* Facit quod notat *gloſſ. in eadem l. in §. idem Labeo, & in l. fin. C. de pœna iudic. qui mal. iud.*

Plato.

Leges ſingulares ſibi ſ..dit nemo cauſa.

Quinimò Princeps peccat, vt infra dicemus, quando ſine cauſa derogat iuri poſitiuo, vt per *Abb. & Dec. num. 29. in d. c. quæ in eccleſiarum.* in quo (ſi in præiudicium alicuius fiat) nulla prorſus eſt dubitatio: ad id quoque faciunt ea, quæ tradit *Fortu. in d. §. & quid ſi tantum. num. 295.* Ideò apertè errant multi ex noſtris doctoribus in *eod. §. & quid ſi tantum.* vbi *Crot. num. 136. cum ſequent.* quos *ibidem* refert *Gland. pen. col. & Eman. de Acoſt. pag. 76. in 5. conclu.* 16
verſi. verum in contraria, tenentes delatam hæreditatem, imò & aditam, ſi res nondum apprehenſæ ſint, Principem poſſe auferre ſine cauſa legitimando incapacē, quaſi illa acquiſitio iuris ciuilis ſit, quæ opinio falſa eſt: quia Princeps non poteſt ſine cauſa alicui ea, quæ iuris ciuilis ſunt, adimere. Ideò verior eſt opinio doctorum ibidem; qui contrariam probant ſententiam, vt *Alexan. Soc. Areti. Fortu. num. 294. Rui. & Galia.* quos refert *prædict. Eman. de Acoſta.* licet iidem, & malè, admittant, vt *Soci.* refert *num. 25.* vt ius adeundi adimi poſſit, quod falſum eſt, quia nihil in hac ſpecie intereſt inter ius ad rem, vel ius in re, vt ſtatim dicemus.

Vid. Abb. in c. non eſt. colum. 2. de voto.

Denique vt ſine cauſa non poſſit alicui ius 17
tolli, nihil intereſt ius ſit gentium, vel ciuile: maximè quia nullum ius ciuile datur ita ſemo-

Nihil intereſt inter ius

tum

gentium, & ciuile subactu, contra doctores.

tum à iure naturali, vt id non comitetur ius naturale, vel gentium, ad quod facit text. notab. cum *gloss. in l. inutilis in §. fin. ff. de acceptilatio.* ibi: Quia hoc iure vtimur, vt iuris gentium sit acceptilatio.] Faciunt quæ *Fortun. in §. & quid si tantum num.* 288. quod manifestum est. Nam ex testamento, quod iuris ciuilis est, vt not. gl. in *l. 1. ff. de acquir. rerum dominio.* text. expressus in *§. fin. instit. de vsu, & habi.* obligatio naturalis oritur, vt not. in *l. cum quis, & in l. error. C. de iuris & facti ignoran. & l. 1. per Bart. ff. de condict. indeb.* quia iuris præcepta nihil aliud sunt, quam iuris naturalis generalis, vel diuini determinationes quædam, vt *S. Thom.* sæpissimè interpretatur, vt in *quodlib. 2. q. 4. ar. 8. & 1. 2. q. 95. in respon.* qui etiam inquit. Quòd omnis lex humanitus posita, in tantum habet de ratione legis, in quantum à lege naturæ deriuatur, & in *qu. 93. art. 3. in responsi.* dicit, quod in temporali lege nihil est iustum, ac legitimum, quod non ex lege æterna homines sibi deriuauerunt, quia in omnibus mouentibus ordinatis, oportet quod virtus secundi mouentis deriuetur à virtute mouentis primi. Hæc *diuus Thom. ex Augusti. lib. 1. de lib. arbit.* & alibi infrà dicemus.

Diui Thom. sententia.

Ex his apparet, quòd Princeps non potest dispositionem legitimè factam reuocare, licet possit legem ipsam in futurum generaliter abrogare. Omne enim ius, & omne dominium postquam deductum est, iuris gentium est, licet modus acquirendi sit à iure ciuili inuentus, vt *Bart.* optimè inquit in *l. ex hoc iure, num. 5. ff. de iustit. & iur. Anton. de Burg. in rubr. extra. de emptio. & vendi. num.* 18. Ideò princeps ipse fatetur, se testamentum nullo modo reuocare posse, in *l. testamentum, C. de testam.* Denique nulla ferè acquisitio ex iure ciuili est adeò pura, in qua ius gentium vel naturæ ius & æquitas non versetur. Nam si vsucapionẽ consideres, quæ ciuilis est inuentio, ęquitatẽ naturalẽ habet, & publica vtilitate nititur, vt in *l. 1. ff. de vsucapi.* Ideò princeps auferre non magis poterit sine causa rem vsucapione quæsitam, quam pecunia tua bona fide emisti, vel tibi donata est, vel alio quolibet iusto titulo, legibus approbato, relicta, quàm si ex sola emptione, vel donatione, vel alio titulo, sine præscriptionis adminiculo tua esset effecta, vt optimè dicit *Auton. de Burg. in d. rubric. de empt. & vendi. num.* 8. qui licet loquatur post dominium acquisitum, tamẽ idem est antea, vt nec ius quęrendum alicui impedire possit. Nam libero homini innoxio ius ciuile adimi sine manifesta iniuria non potest, quod & ipse Princeps fatetur in *dicta l. testamentum.*

Iasl. l. si. C. si contra ius vel vtili. Sicut Add. licet supernaturaliter fuerit creatus est tamẽ ens naturale, vt 2 physicorũ probant interpretes.

Non minus falsa est alia vulgaris distinctio,
18 quam inter ius in re, & ius ad rem passim doctores nostri, quos refert *Felin. c. cum olim, nu. 16. extrau. de re iudic.* & latè *Anton. Gabr. vbi supra conclus. 1. n.* 30. constituunt, vt hoc ius facilè Princeps & liberè tollere possit. Nã si mihi res sub cõditione promissa sit, si spes hæc mihi adimatur, posteaque conditio sequatur, rem mihi ablatam esse certum est, ac si purè esset promissa: & ideò inter has species nihil interest: & ita *Papinia.* inquit. In fraudem creditorum manumittitur, liberq; esse prohibetur, siue dies soluendæ pecuniæ iam cessit, siue in diem, vel sub cõditione sit debitum,] *in l. in fraudem, ff. qui & à quib. & African in l. cum is qui. eo. tit.* facit text. *in l. fin. in §. sed quia nostra Maiestas, & in §. sin autem sub conditione, C. comm. de legat.* Nam creditores accipiendos esse constat eos, inquit *Vlpian.* quibus debetur ex quacũque actione, vel persecutione, vel iure ciuili, sine vlla exceptionis perpetuæ remotione, vel honorario, vel extraordinario siue purè, siue in diem, vel sub conditione.] vt in *l. creditores, ff. de verb. signific.*

Sed ne in re clara hæreamus, admittamus multum interesse, vnum vel aliud adimatur. Nã altero res, altero spes adimitur, & ita altero casu tantùm rem adimi concedamus, tamen in vtraque specie contractum tolli necesse est, in quo princeps sine causa nullam prorsus habet potestatem. Rursus in legato conditionali, licet conditio pendeat, tamen cùm illud testamento perfecto continetur, non potest adimi, quin testamentum ipsum violetur, & mutetur, quod se mutare non posse princeps fatetur in *d. l. cum testamentum.* Adeò vt multi principibus ipsis renuentibus, & legibus contradicentibus, adulari non desinant. Ex his apparet, quòd sicut hæreditatem aditam princeps auferre non potest, ita nec delatam, nec spem succedendi legibus approbatam.

Notandum etiam est, quòd in omnibus spe- 19
ciebus, in quibus diximus causam requiri, vt Princeps possit alicui in re sua, vel iure puro, seu conditionali præiudicare, opus est vt causa ostẽdatur, seu probetur: licet enim dici soleat, in Principẽ semper præsumi causam, vt per *Cynum in l. fin. C. si contra ius vel vtil. public. Felin. in c. qua in Ecclesiarum, num. 60. de constitutio. Episcopus Segobien. in 4. in 2. parte. c. 6. in §. 9. num. 9.* id tamen vbi de nullius pręiudicio agitur, procedit, quinimò & tunc peccat dispensando sine causa, vt per *d. Episcopum ibidem, n.* 10. Nam licet nulli fiat speciale præiudicium, fit tamen reipublicæ, cuius interest omnes eisdem legibus vti, qui sint in eadem republica, & ista ratio colligitur ex dictis per *Domin. de Sot.* qui hoc tenet *de Iustit. & iur. lib. 1. q. 7. ar. 3. circa finem*: & est de mente *S. Th. in 1. 2. q. 97. a. 4.* Vbicumq. autẽ alicui fieret præiudicium, verius est requiri vt de causa cõstet, nec præsumitur etiã si causa sit expressa, vt optimè cõcludit *Dec. in d. c. qua in ecclesiarum, n. 27. in fi. per regulã commun. gl. in l. si donatione, C. de collation. & Bar. in l. si forte, ff. de castr. pecul.* faciunt quæ tradit *Fortun. in dict. §. & quid si tantũ, n.* 364. licet multi contrarium teneant, vt latè per *Ant. Gab. lib. 3. comm. conclus. ti. de iure quæsit. conclus.* 3. vbi alleg. doctor. vtriusq. partis: sed verius est de causa debere constare: ad quod facit text. in *Clemen. Pastoralis, extrau. de re iudica.* Quod manifestè apparet, frustra enim causa requi-

Vtrum causa præsumatur.

requireretur,ſi de ea nũquã eſſet quærendum: ideò ſi res poſtea legitimè ad iudiciũ deducatur,approbatio cauſæ erit neceſſaria, niſi Princeps ipſe ſuperiorẽ non recognoſcẽs,iudicibus ipſis cognitionẽ inhibeat, vt ſuprà dictum eſt.

Iaſ. l.ſi.nu. 3.C.ſi contra ius vel vtili.pu.

De poteſtate abſoluta, & ordinaria.

20 Eſt etiã animaduertendũ, quòd licet aliqui diſtinguere ſoleant inter poteſtatem Principis ordinariã,& poteſtatem abſolutã, vt illa quæ alterius ſunt auferre non poſſit, hæc verò omnia poſſit, tamen hæc diſtinctio, vt bene animaduertit *R.Epiſcop.Segobien.li.3.Variarũ reſolu.c.6.nu.*8.falſa eſt.Omnia enim quæ poteſt Princeps facere,ſiue ſint circa ius diuinum,vel humanũ,ad poteſtatẽ ordinariã pertinent, & ſugere debemus, abſolutæ poteſtatis mentionẽ, qua ea ſignificantur, quæ ſine iniuria fieri non poſſunt,ſecundũ dictũ Epiſcopũ:& vt vno verbo dicamus,cũ cauſa tantũ Princeps poteſt, vt ſit mirabilis eius poteſtas.Quid enim cauſa legitima ſubſiſtente facere prohibetur?ideoq́ue ius diuinũ tangere non poteſt,quia nulla cauſa eueniet vnquã,quæ ſit tanti, vt apex vnus,aut iota vnum ex lege diuina mutetur, aut moueatur,ſine cauſa autẽ etiã in his,quę iuris ſunt humani,in præiudiciũ alicuius(ſi verum eſt quod dici apud iuriſcõſultos ſolet, id aliquem poſſe, quod iure & honeſtè poſſit)parum eſt.

Nam nec plenitudine poteſtatis Princeps vtitur,ſine cauſa, vt per *Innocent.in ca. innotuit, extr.su. de electio. Ant.de Butri.conſi.ſi.n.*25. faciũt quæ *Fortu dict.* §.*& quid ſi tantũ n.*309.*&* 310.*& Anto.Gabriel.vbi ſuprà,& in* 5.*concl. n.*18.ad quod ex vinea Nabot.3.*Reg.c.*21. non obſcurũ poteſt ſumi argumentũ. de quo in *c.conuenior.*13. *q.*8. *& in c.Achab.de pœniten.diſt.*3. Nã ius regis quod 1.*Regũ c.*8.deſcribitur, Hoc erit ius regis, agros veſtros & vineas, & oliueta optima tollet, & dabit ſeruis ſuis,&c.]ad illã abſolutã poteſtatẽ, & ad vſurpationẽ & iniuſtitiã pertinet, vt ex ſerie illius capitis colligitur,ſecundũ *Dritdo. de libert.Eccleſ.lib.*1.*pag.*215. faciunt quæ dicit *Bal.in l.*2.*col.*6.*num.*40.*C.de ſeruit. & aqua, & quæ Fortunius,vbi ſup.in* §.*& quid ſi tantum.* Nam veriſſimum eſt quod inquit *Seneca libro vltimo de beneſic.* Sub optimo rege omnia rex imperio poſſidet, ſinguli dominio.]

Seneca.

21 Circa prædicta tamẽ cõſiderandũ eſt.Quod ſunt quædã diſpoſitiones in quibus Princeps maximè poteſt.Nã in diſpoſitionibus priuatorũ,quæ vtilitatẽ publicã vel pietatẽ reſpiciunt, tantũ Principes poſſunt,quod ſi vtilitas publica id deſiderat, diſponentiũ volũtates mutare poterũt:vt probatur in *l.legatũ,ff.de adminiſt.rerũ ad ciuitatẽ pertinẽ.& in Cle.Quia cõtingit.de religio.domi.*vt publicæ vtilitati meliùs conſulatur: quia cũ publicæ rei ſit aliquid relictũ, eius diſtributio & diſpoſitio ad principem,qui eſt publicus diſpẽſator & gubernator,pertinet, nec priuatus aliquis facere poteſt, quin ea diſpoſitio reipublicę defenſori ſubiecta ſit.Non enim ſi ludos fieri, vel publicũ ſpectaculum teſtator iubeat, impleri debet ſi id decere Princeps nõ exiſtimauerit, vt *d. l.legatũ.* facit ratio tex. in *l. Nã quod.ff.ad Senat.conſul.Trebellia.*nõ ſic in legatis,& fideicõmiſſis, quæ in priuatorũ vtilitatẽ fiũt:in quibus volũtas diſponẽtis pro lege ſeruanda eſt,vt *in auth.de nupt.in* §.*diſponat.col.*4.& 22
ita Imperatores Honorius & Theodoſius dicunt.Volũtates hominũ audire volumus, non iubere.]*in l.omniũ.C.de teſtamẽt.*nec Princeps in ea vllũ habet arbitriũ, quod ex volũtate teſtãtis veriſimili, & cõiecturata, & ſaltẽ in genere elicita, non colligatur: & ita vt de legiſlatore inquit *Ariſtote.* Quod ſi adeſſet, admoueret etiam ſi legem tuliſſet]optimus tex.in *l.qui filium. in ſi.ibi,denique & ff. de manu. teſtam.fac.* in argu. nota.in *l.tale pactũ in glo.ff.de pact.*plur.refert *Anto.Gabri.de cõmu.opi.lib.*6.*tit.de regul. iur.concluſ.*10. in caſu denique à teſtatore omiſſo ex cauſa poterit Princeps diſpoſitionẽ immutare, vt ſi venditio rei prohibitæ à teſtatore alienari à Principe permittatur, vt deſcendẽs à diſponẽte ab hoſtibus redimatur, nec alia via conſuli poſſit,vel ſi vẽditio permittatur,vt res alia pretioſior ematur,quę ſubſit eidẽ fideicõmiſſo,ad quã teſtator affectionẽ fortè habebat maiorẽ, quàm illi, quã fideicõmiſſo ſubiecit. Aliæ autẽ cauſæ quæ non ſint tales, vt in eis detur veriſimilitudo mẽtis defuncti,etiã ſi maximæ cauſæ ſint,nõ ſufficient.Ideò ſi defunctus,qui dotare nõ tenebatur voluit, vt nec pro dote res fideicõmiſſo ſubiectę alienẽtur,Princeps contrariũ efficere non poterit, de quo vide not.per *Reue. D.Epiſ.Couar.dict.lib.*3.*Varia.reſolu.c.*6. *per totum.* Nam in expreſſis in teſtamẽto nihil immutari poteſt,ad quod facit quod elegãter voluit *Caius in l.in ijs,ff.de condi & demonſtr.* vbi inquit, In ijs quæ extra teſtamentũ incurrũt, poſſunt res ex bono & æquo interpretationẽ capere,ea verò quę ex ipſo teſtamẽto oriũtur,neceſſe eſt ſecũdũ ſcripti iuris rationem expediri.]Et intellige ibidẽ dici ſcriptũ ius,id eſt ſcriptũ in teſtamẽto quod legis loco, ſeu iuris habetur. Secus autẽ in his quę publicã vtilitatẽ,aut pietatẽ reſpiciũt in quibus princeps habet maiorẽ poteſtatem.

Sic videmus quod in negocijs pietatem reſpicientibus, non ſummo iure ex præſcripto agitur,ſed quod meliùs eſt conſideratur, & ita vota Deo nuncupata commutat Pontifex,imò & pars ipſa, quæ ſe obligauit, quandoque in meliùs,vt in *c.*1.*extrau.de voto.* At,in obligationibus priuatorum debitor ipſe nec latum vnguem obligationem mutare poteſt, neque etiam in meliùs, & ita debitor fundi æſtimationis decem, in eius locum, domum etiam centum non poterit ſubſtituere,nec loco ſuo debitorem alium etiam longe locupletiorem, niſi id creditor expreſsè concedat, vt in *l.ſi mandato meo.* §. *at ſi nolit creditor. ff. manda.* facit tex. in *l.fin.ff. de vſu & habita.* Facit tex. in *l.ſi actor.*vbi *Bar nu.*2.*ff.de procura.& l.*2.*nu.*7. *eod.in.Bar.in l.ſolutione.col.*1. *& ſequent. ff.de ſolut. & in quæſt.ſuis.*2.*q.nu.*21.*Bal in l.ſi pater. C. de colla. Iaſ. l.*2.*ſolut.matri. & in l.ſi cum emptore, ff. de pact.& in l.fina.nu.*43.*de iure enphy. & l.*1.*ad Trebell.Alexand.in l.diem functo.col.pe.de offi.aſſeſſo.*

In

23 In voluntatibus enim priuatorũ circa res suas hoc solum considerandum, ne aliquid iniquum, vel à lege reprobatum contineant, non autem quod meliùs disposuisse potuissent considerandum est, nec ad rationem subtilem, vel ad libellam sunt hominum voluntates dirigendæ, sed Lesbia potius regula, quæ ad voluntates ipsas dirigatur, ęstimantur, vt in stipulationibus prætorijs, & conuentionalibus dicimus, vt illæ ad Prætoris edictum, & mentem trahi, hæ secundum partis verba debeant regulari: vt in *l. in conuentionalibus. ff. de verb. oblig.* Quod enim testator voluit, non quod voluisse meliùs fuisset, est attendendum: vt *l. extraneum etiam penitus ignotum. C. de haered. instituend.* Hoc enim esset cogere, non sequi hominem dispositiones, quod à libero arbitrio, lege, & natura esset alienum, si prudentiores in re ad nos non pertinente esse velimus. Facit tex. in *l. quia poterat. ibi*, Non enim præscribi *ff. ad Treb.* Satis est vt in re quę ad publicam rem pertineat, hoc principibus permittatur.

24 Sed notandum est, dictam commutationem à principe fieri posse, vbicumque ea res publicam vtilitatem puram, non si mixtam cum priuata contineat, quod in legatis incertis personis pietatis causa relictis, contingit, vt si pro maritandis puellis, vel pro alendis pauperibus legatum fiat. Id enim legatum totum pietate, & vtilitate publica innititur. Si enim id non foret, legatum nullum esset, quòd penitus incertis personis relinquitur, vt *insti. de leg. §. incertis. l. id quod pauperibus. de episc. & cler.* Nam si pietas, & publica vtilitas non esset, relictum pauperibus non subsisteret, cùm incertę personę sint, nec pauperes collegium vel vniuersitatem constituant, vt in libello de reddi. Eccles. 1. parte. c. 1. diximus. Cùm ergo publica vtilitate, & causa innitatur, ad eum ea res pertinet, cui reipublicæ cura est commissa: ex quo sequitur, quod vbi miscetur priuata vtilitas vt si pauperi talis cognationis legetur, non efficiet vtilitas publica, vt à persona recidi possit, nec minus personę certæ sunt in iuribus suis conseruandæ quod pauperes sint, & pia causa versetur. Imò in ea specie disponentis voluntas est maximè adiuuanda, nec minus ius legatarius habet, quod ei pietatis causa relinquatur. Imò ob hoc potior erit, vt in *auth. similiter. C. ad l. falcid. & l. cùm dotem, ff. eo. titu.* non enim publica vtilitas cum priuata concurrens, ei impedimento esse debet, sed adiumento, ideò iuuandam interpretatione, vt *ff. de condi. & demonst. l. hoc modo. in fin.*

Singularis interpretatio.

Ex his intelliges, quæ eleganter *Ioan. de Imol. in l. 1. in 3. colum. ff. de condi. & demonstr.* scripsit, qui vult non solum summum Pontificem, verum etiam Episcopum posse dispositionem piam testatoris commutare, nondum executioni mandatam. Si verò executioni demandata sit, Pontificem id posse, vt vtrumque verum sit in legatis, in certis personis factis, & de executione, quæ etiam pro incertis personis facta sit in terminis *dicta Clem. quia contingit*, vt si in certum vsum sit destinatio facta, vel fabricæ, vel pauperum incertorum, non tamen certæ personæ sint assignata. Si enim dotandis puellis certis assignatio legitimè facta fuisset, nec vna, nec alia opinio *Io. de Imol.* procederet per supradicta: esset enim tunc mixta causa publica cum priuata, in qua specie ea inspicitur, quę potentior est ad impediendum mutationem, vt in *l. 3. in §. fi. ff. ad Senat. cons. Silania. & in c. sacris. extrau. de sepulturis. & in l. si communem. ff. Quemadmodum ser. amitt.* text. in *l. si parietem. ff. de serui. vrba. & l. Sabinus. ff. commu. diuidun.* & ideò *Io. de Imol. in d. l. 1.* vbi latè tractat istam materiam commutationis piarum voluntatum, semper ponit exemplũ in voluntate, ex qua sola vel eius executione non sit priuatæ personæ ius quæsitum, quod est valde notandum, quia non ita doctores explicant, licet de hac re latè tractent in *c. nos quidem. de testa.* vbi *Barba. & consil. 23. vol. 1. colu. fi. 2. Rom. sing. 475. Siluester verb. legatum. numer. 11. sequent. Hippo. sing. 194.*

Ex his etiam intelliges Romanum Pontificem in beneficijs, cùm ad regimen ecclesiarum, & publicam vtilitatem beneficia sint constituta, plenissimam potestatem habere, non tamen ita absolutè, vt dominus omnino beneficiorum dicatur. licet aliqui id velint, quod adulantium commentum est, vt sæpissimè Sanctiss. D. N. Pius V. dicere solet, qui non dominos beneficiorum, sed dispensatores se, & alios Romanos Pontifices profitetur. Quod non est alienum ab opinione antiquorum doctorum: vt colligitur ex his, quæ *Ioan. Andr. in c. cum adeò. de rescrip. & Card.* expressè *in consi. 141. incip. Sanctissimus Dominus noster.* refert *Feli. in cap. quæ in Ecclesiarum. nu. 43. de constit. qui nu. 43.* dicit quod est commu. opinio, vt non possit alicui auferre beneficium sine causa. De quo latè *Abb. & Deci. in cap. sua nobis. de confirm. vtil. vel inutil.* latissimè per *Antoni. Gabri. lib. 3. de commun. conclus. in titu. de iure quasi. conclus. 1. nu. 10* qui nu. 9. allegat tenentes contrariam opin. faciunt quæ tradit *Fel. in cap. si quando de rescript.* 25

Vid. Abb. n. 13. & 14. in c. cùm dilectus, de reg. dom. & in c. 1. n. 3 de cler. agro.

De priuilegijs autem quando possint reuocari, latè per *sup. dict. Anton. Gabrie. in dict. titu. de iure quasi. conclusio. 7. & conclusio. 6. nu. 5. & 19. cum sequentib.* vbi refert omnia, quæ ad hanc rem pertinent. Causa verò subsistente etiam rerum priuatarum dominium princeps auferre potest, vt latè per *dict. Anton. Gabri. vbi sup. 2. conclusi.* quod nullam habet dubitationem: nam & hoc iudici conceditur, vt ex causa rem vnius alteri adiudicet, vt in *l. 2. in §. iudici. ff. fini. regundo. & l. ad officium. C. commu. diuid. & l. Meuius. in §. arbitrer. ff. famil. herciscun. & in l. si quis sepulchrum. in §. 1. versic. præses. ff. de religios. & sumpt. funer. & in l. 1. de commu. seruo. manu. C. & in l. si postulauerit. ff. ad l. Iulian. de adulter.* & lex etiam sæpissimè id facit. vt in præscriptionibus videmus,

Quid si in vim contractus, vide quæ Bart. nu. 30. in l. omnes populi, vbi Crot. nu. 98. plu. alleg. Zepho. consi. 168. n. 29. & 35.

mus, & in *l.1.C.de seru. qui pro præmio liber. acci. & per tot. ff. de tigno iniunct. & in alijs infinitis partibus iuris.* vide *Turrecre. cap. per principalem. 9. q. 3.* & vide eum in *cap. scias frater. in fin. 7. q. 1. & cap. Episcopus. Abb. tua nos. de cleri. ægrotan.*

CAP. IX.

De dispensatione ad contrahendum cum consanguinea post incestum, & quid in precibus sit narrandum.

SVMMARIVM.

1. *Vtrum non solum incestus, verum adulterij sit facienda mentio in dispensatione?*
2. *Si detur indulgentia homicidij, facienda est mentio alterius indulgentiæ.*
3. *Non omnia sunt narranda, sed ea quæ præstant in ea materia impedimentum.*
4. *Differt absolutio sacramentalis, ab absolutione quæ fit ratione iurisdictionis.*
5. *Pœnitentiarij absoluere non possunt à censuris, nisi quis confiteatur omnia peccata sua.*

INcipit notabilis quæstio: Quidam habens
sponsam, seu vxorem (nihil enim interest,
vt diximus in cap. 5. sup. ist. lib.) fornicatus est
cum propria consanguinea, puta Antonia, &
1 ita adultetiũ cum incestu commisit; vxore seu
sponsa mortua, dispensationem à summo Pon-
tifice obtinere desiderat, vt matrimonium
cum dicta Antonia contrahere possit. Quæri-
tur, an in dispensationis precibus debeat face-
re mentionem adulterij, & exponete se fuisse
tempore incestus coniugatum, nam quoad in-
De dispensatione super incest.
cestum nulla potest esse quæstio: quod vide-
tur, quia vult ducete vxotem, quam polluit
pet adultetium. Item in dispensatione debet
fieri mentio de omni eo quod difficiliorem
reddere posset concedentem, vt not. *c. quia cir-
ca. de consang. & affinit.* Sed difficiliorem reddet
Ptincipem si narretur adulrerium cum incestu,
quàm si incestus solum, quia duplex delictum
est, vt ad *l. Iuliam de adult. l. si adulterium cum in-
cestu.* & videtur in terminis, quod dicit *Bald. in
l. eam quam. 12. col. C. de fideicommiss.* quod spurius
qui nõ narrauit vtrumque defectum adultetij,
& incestus, non gaudet legitimatione, ad quod
vide *Oldra. consil. 247. factum.* & ad idem facit
quod dicit *Bal. in l. Barbarius. de offic. prætor. colu. 7.*
quod Ptinceps non videtut velle promouere
multipliciter criminosos. refert *Fel. cum alijs c.
postulasti num. 2. de rescript.* quæ faciunt contra ea
Cõtra Calderinum.
quæ ponit *Cald. consil. 1. de consanguin. & affinit.*
cuius dictum habet difficultatem, sed non
est hic locus illius quæstionis. Quid ergo di-
cendum?

Ego puto non opus esse adulterij facere
mentionem. quia non est prohibitum ducete in
vxorem, quam quis polluit per adulterium,
si non est machinatus in mortem coniugis,
vel dedit fidem de contrahendo illa viuente,
text. *c. significasti extra. de eo qui duxit in matrimo-
nium.* Quod si non ptęstat impedimentum ad
mattimoninm, ergo non est opus facere men-
rionem in dispensarione, quæ petitnr ad con-
ttahendum matrimonium. Nec obstat quod
poterit fotsan Principem mouete, quia non est
credendum, quod difficiliorem faciat Princi-
pem id, nec ptæstare impedimentum, quod in
iute non habetut pro impedimento: quia ta-
lis videtur intentio Ptincipis, qualis est le-
gis, vt in *l. ex facto. in princip. vbi Bald. ff. de vulg.
& pupill. per Deci. in consil. 33. num. 5.* Alio-
quin si diceremus quod essent narranda ea
etiam, quæ ad ptopositam materiam nihil fa-
ciunt, ex quibus forsan moneretut Princeps;
debetet petens dispensationem omnium pec-
catotum in vita sua commissorum in alia ma-
teria mentionem facere, vt si fuit homicida
vel adulterinm cum alia commiserit quod fot-
san hæc principem difficiliorem redderent ad
dispensandum, quod nullus dixetit. Et pro
ista parte adduci possunt, & applicantur aliquæ
doctrinæ, quas *Felin.* allegat, vbi suprà. quod
in legitimatione filij sufficit vt dicatur, esse fi-
lium sacerdotis, licet non dicatur, matrem esse
commattem illius sacetdotis vel esse filiam
confessionis, quia hæc licet aggrauenr deli-
ctum, non tamen facit ad mateтiam legitima-
tionis, sicut dicimus de homicidio, quod esset 2
narrandum si ageremus de dispensando super
homicidio, quod super alio esset secum dispen-
satum, vt per *Guliel. de Cu. in. l. 3. C. de episc. aud.* &
per *Tiraq. de temper. pœn. cap. 10. num. 4.* & ita te-
spondetur ad doctrinas in contrarium allega- 3
tas, quia ibi est duplex impedimentum ad ma-
tetiam de qua quæritut, hic vetò adulterium
Impedimenta matrimonij solum narranda.
nullum præstat impedimentum ad matrimo-
nium contrahendum, vt dixi, sed de incestu
opus esse facere mentionem: quia incestuosus
prohibetur mattimonium contrahere *cap. t.
de eo, qui cognouit consang. vxor. sua* Cùm ergo sit
impedimentum, de eo debet fieti mentio, &
etiam de matrimonio, si cum ea contraxisset,
quia ille, qui sua authoritate contrahit cum
consanguinea, & spe matrimonij carere de-
bet, quod temere contraxit, & excommu-
nicatus est, tex. *Cle. 1. de consanguin. & affinit.* fa-
cit *Concilium Tridentinum*, in quo hoc dicitur
expressè.

Nec obstat quod incestus commissus sit
qualificatus adulterio, quia hic non agimus de
absoluendo à peccatis, ad quam absolutionem
requirimus, vt confessio sit integra, sed de spe-
ciali dispensatione, in qua sufficit nattare de-
fectum ad illam mateтiam pettinentem, qui
præstat impedimentum, ex quo puto, quod
in absolutione iudiciali, de qua in *Clemen. 1. de
consanguin. & affinit.* sufficit narrate incestum,
omisso adultetio: quia excommmunicatio
non

non oritur ex adulterio, sed ex incestu. Et idem in excommunicationibus Episcopalibus, quæ publicantur contra incestuosos, quod licet sit in difficili, quia videtur participare de absolutione sacramentali; tamen verius est non esse opus facere mentionem de adulterio, quia potest excommunicatio, etiam deficientibus substantialibus ad sacramentalem absolutionem, per absolutionem tolli, vt putà si sit in aliis criminibus, & quorum forsan sit impœnitens, imò inuitus aliquando excommunicatus absolui potest ab excommunicatione, vt notat *Ioann. Andr. colum. 1. & Dominic. numer. 5. in cap. 1. de sentent excommun. lib. 6. Abb. capit. significasti. de eo qui dux. in matri. & Felin.* qui alios refert in *c. Apostolicæ, de exceptio. in column. 1. post Sanctum Thomam in addi. ad tertiam part. quæst. 24. art. 2. ad secundum*, & potest absoluere etiam non sacerdos, sed clericus simplex, habens iurisdictionem, vt per *Sanctum Thomam, in 4. dist. 18.* quod verum est in absolutione iurisdictionali, ea vero quæ fit in foro conscientiæ, non est eiusdem rationis. ideò pœnitentiarij qui absoluunt in foro conscientiæ, etiam à censu-
5 ris reseruatis, non possunt aliquem absoluere, nisi confiteatur omnia peccata sua, quia est absolutio illa censurarum sacramentali absolutioni connexa, quam, cum sit in foro conscientiæ, pœnitentiarij separare non possunt, quia non esset integra confessio. sed vide in his *Nauar. in cap. consideras. in §. cautus, numero 9. versicul. ad sextam, de pœnitent. dist. 5.* & latiùs per *Dominicum de Soto in 4. dist. 14. quæst. 2. articul. 5. per tot.* sed quidquid ipsi velint, tutius videtur omnia peccata pœnitentiario confiteri, quia aliæ opinio habet inconuenientia, quibus non plenè ipsi satisfaciunt, quæ omnia persequi non est conueniens in hoc loco, quod nulla habet difficultatem in ea absolutione, quæ non respicit forum pœnitentiale, sed est exterioris iurisdictionis, vt dictum est, de quo vide text. & doctores in *cap. officij extrau. de sentent. excommunicat.* Et ideò licet adulterium qualificet incestum, ita vt sit necessariò confitendum vtrumque, & vnum sine alio confiteri, nec solui per absolutionem possit; tamen hoc in absolutione sacramentali locum habet, & non aliàs, vbi incestus solus, non adulterium actu gerendo præstat impedimentum, vel habet prohibitionem specialem, quod est notandum.

De absolutione iurisdictionali, & sacramentali.

CAP. X.

De interpretatione l. Domum, C. de rei vend. quando prædo, vel malæ fidei possessor expensas necessarias repetere, vel retinere possit: & quid de non necessariis.

SVMMARIVM.

1. *Verùm malæ fidei possessor [illegible] impensas necessarias.*

Franc. Sarmientus.

2. *De intell. l. 1. C. de infan. expos. & infr. num 4.*
3. *Fur non separatur à mala fide possessore.*
4. *Iterum de intellect. dict. l. 1.*
5. *In vtilibus impensis solum consulitur furi per abrasionem.*
6. *Quando dicantur impensæ vtiles.*
7. *Voluptarias expensas potest fur tollere sine rei detrimento.*
8. *De intellect. l. adeò, §. ex diuerso, ff. de acquirend. rer. dom.*
9. *Reprobantur intellect. ad dict. l. & l. domum, & l. 2. C. de rei vend.*
10. *Nouus intellectus ad dictas leges.*
11. *De intellect. leg. ex argento, ff. de condict. furt. latissimè.*
12. *De intellect. l. si seruus seruum, §. si oliuam, ff. ad l. Aquil.*
13. *Quando sufficiat bona fides ab initio iure ciuili.*
14. *Nullus est casus in quo ex fructibus non deducatur impensa.*
15. *Iterum de intellect. §. si oliuam, & ponitur singul. intellect.*
16. *Nulla est habenda ratio impensarum, quæ delinquendo fiunt.*

MAteria impensarum valde vtilis est, & satis lata, in qua nonnulla sunt, quæ à 1
nostris doctoribus non satis explicantur, nec paruam habent difficultatem. In primis autem occurrit, quod in *leg. domum, C. de rei vend.* inquit Imperator, Malæ fidei possessores, eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habent repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. Sin autem vtiles, licentia eis permittitur sine læsione prioris status rei, eos auferre.] Nam quod ibi dicitur, quòd malæ fidei possessor impensas necessarias repetere possit, videtur destruere text. in *l. 1. C. de infant. exposit.* vbi text. apertè contrarium probat, quia vult impensas alimentorum, quæ necessariæ sunt, cùm sine eis quis viuere non possit, vt in *l. necare. ff. de lib. agnoscend.* malæ fidei possessorem repetere non posse, nec etiam per retentionem rei recuperare. Ita enim inquit, Si inuito, vel ignorante te partus ancillæ, vel ascriptitiæ suæ expositus sit; repetere eùm non prohiberis, sed restitutio eius, si non à fure vendicaueris, ita fiet, vt si qua in alendo, vel fortè ad discendum artificium iustè consumpta fuerint, restituas.] Ad illum textum plures dan- 2
tur intellectus. Primus per gloss. in *ista leg. domum, & in dict. l. 1.* vt aliud sit in malæ fidei possessore, aliud in fure, vt hic non repetat etiam impensas necessarias, ille verò repetat. ista solutio certè sustineri non potest, nam in prædone loquitur lex planè, *ff. de petitione hæredit.* quæ prædoni consulit in necessariis impensis exigendis. Item & malæ fidei possessor pro 3
prædone habetur, nec inter eos aliquid interest, quoad impensarum repetitionem, vel imputationem. vt in *l. pro hærede. in §. fin. & in leg. nec vllam, & l. prædonis, cum aliis multis legibus, ff. de petitione hæredit.* nisi titulum habeat, quia tunc quoad titulum de petitione hæreditatis non habetur pro prædone; & in *leg. etiam in §. sed*

De intellectu l. 1. C. de infanti. exposit.

Primus intellectus, gloss. ad dict. l. 1. qui reprobatur.

& si quis habens, eodem titul. Item quòd non intersit inter malæ fidei possessorem, & furem apparet, quia in re mobili, malæ fidei possessor fur est, etiam si titulum habuerit. Cùm non solum fur est, qui scienter rem alienam vendit, vt in *l. si sciens, C. de vsucap. pro emptor. cum concordan.* verum & qui emit, vt in *l. si liberam, in fin. C. quod cum eo.* scilicet, si rem possideat, vel contractet. Ideò vt dixi fur à malæ fidei possessore separari non potest. Et ita hæc prior solutio, quam gloss. ponit ad *dict. l. 1. C. de infant. exposit.* non est bona.

2. Intellectus Cyn. & aliorum qui reprobatur.

4 Secundam solutionem ponit *Petrus*, quem sequitur *Cyn. & Paul. de Castr.* quod licet necessarios sumptus possit exigere etiam fur, vel malæ fidei possessor, fallit tamen in alimentis, addit *Paulus de Castro.* id fauore alimentorum, quia videntur alimenta donata. Ista solutio, quòd non habeat locum dicta regula in alimẽtis, licet defendi posset, vt infrà dicemus, tamen cum ista ratione, vt inducatur donatio fauore alimentorum, falsa est, quia animus furis à donandi voluntate multum distat; cùm enim aliena intercipiat, non est verisimile, vt propria donare velit. argumen. *l. fuit quæstionis, & l. si extraneus, in fin. princip. ff. de acquir. haredi.* Nam & in alimentis admittitur coniectura, vt quis donasse non videatur, vt notatur in *l. Nesennius, ff. de negot. gest. & in l. alimenta, C. eod. titul.* quæ autem possit esse maior, quàm supradicta non video, quod tenet *Cyn.* defendendo *Marti. in l. 2. C. de rei vendi.*

3. Intellectus gl. qui reprobatur.

Aliam solutionem ponit gloss. quòd fiat distinctio inter impensas necessarias, quæ tolli & abradi possunt, & inter illas quæ non possunt, vt sunt alimenta, vt has malæ fidei possessor, seu fur, non imputet, illas verò imputet.

5 Sed hæc solutio non est bona, quia hæc distinctio solùm procedit in expensis vtilibus, ad quas nullum habet remedium malæ fidei possessor, nisi auferendo eas. Ideo vbi abradi non possunt, hoc etiam remedio est destitutus, at in necessariis in quibus alio modo est sibi consultum, vt in *hac leg. Domum, & in leg. Planè ff. de petitio. hareditat.* ista distinctio non admittitur. Ideò omissis doctorum interpretationibus, videamus, an hæc difficultas melius explicari possit.

4 Nouus sensus ad dict. l. 1.

Et considerandum est quòd *dict. lex 1. C. de infantib. exposit.* loquitur de impensis factis tam circa alimenta pueri, quàm circa eius eruditionem, vel in discendo aliquod artificium, in quo cum magistris sit impensum. Primæ impensæ cùm omnino necessariæ sint, sine quibus puer viuere non potuit, videntur posse etiam à fure repeti per dictas leges. Ego dico, quòd vt fur, seu malæ fidei possessor possit impensas repetere, non sufficit, vt hæ necessariæ sint, sed simul requiritur, vt res pretiosior sit effecta. Hoc non obscurè voluit *Paulus iurisconsultus in dicta leg. planè, in fin.* vbi loquendo de impensis necessariis, an has prædo exigere possit, sicut bonæ fidei possessor, ita inquit. Planè potest in eo differentia esse, vt bonæ fidei quidem possessor omnino impensas deducat, licet res non extet in quam fecit, sicut tutor, vel curator consequuntur: prædo autem non aliter quàm si res melior sit.]

Intellect. l. planè, ff. de petitio. haredi.

Videamus ergo si puer melior effectus fuerit in *dicta l. 1.* & planè cum infans subreptus fuerit, cuius nullæ sunt operæ, sed impensæ, pretiosior effectus est. Quare ergo impensarum ratio non habetur? respondeo. licet seruus effectus pretiosior sit, id tamen ad naturam ipsam, quæ eum ad pubertatem perduxit, non ad alimenta est referendum, non igitur id malæ fidei possessor poterit imputare: quod ex rei euidentia patet. quòd verò ibidem eruditione, vel artificio pretiosior puer effectus fuerit, non natura sed furis impensa, atque industria, cùm id non necessariam impensam respiciat, sed vtilem, vt in *l. Impensa, ff. de verbor. signif.* ibi, Doctrinam puerorum] imputare fur, seu malæ fidei possessor non potest, in *dicta l. 1.* quia in vtilibus impensis, non necessariis per solam ablationem, seu abrasionem, voluerunt leges malæ fidei possessori esse consultum, cùm sine rei detrimento auferri possint, non alio remedio, vt in *hac leg. Domum.* ibi, Sin autem vtiles, licentia eis permittitur sine læsione prioris status rei eos auferre.] Sicut & in voluptariis dicimus: vt in *l. vtiles, in fin. ff. de petitio. haredi.* quod & in bonæ fidei possessore aliquando vsurpatur, vt in *l. in fundo, ff. de rei vendi.* impensæ autem eruditionis, & quæ in perdiscendo artificio factæ sunt, non sunt eiusdem naturæ, vt abradi possint, vt re ipsa ostenditur, & etiam dicit text. in *l. sin autem, §. final. in fin. ff. de rei vendicat.* meritò ab vtrisque malæ fidei possessor, seu fur, excluditur *in dict. l. 1.* quia alteræ pretiosiorem rem non effecerunt, sed ipsa natura, alteræ verò non necessariæ sed vtiles fuerunt, & ita habes germanum intellectum dictæ legis primæ, quem doctores nostri non sunt assequuti, & ita intelliges quas impensas fur, vel malæ fidei possessor exigere possit, & quas non possit: potest autẽ necessarias quibus pretiosior res est effecta, vtiles verò non, etiam si res pretiosior sit effecta, nisi per solam abrasionem, quæ abrasio rei præiudicium non faciat. facit text. in *l. si is, C. de ædificiis priuatis.* Bonæ autem fidei possessor & necessarios & vtiles semper potest exigere, vt in *dicta l. 1. C. de infantib. exposit.*

Duplicitur fuit res effecta pretiosior in dict. l. 1.

Notandum tamen est, non omnes expensas vtiles dici, quæ rem pretiosiorem efficiunt. 6
Sed hæ demum, quæ vtiles sint domino rei, cui vtilissimæ impensæ simpliciter, ei damnosissimæ esse possunt, si eas soluere debeat. Quid enim pauperi vtilitatis affert sumptuosum, & magnificum ædificium, cuius impensam diuenditis omnibus bonis suis vix possit soluere, nec remaneret sibi pro victu, & impensis quotidianis? planè nullus esurire in am-

Vtiles impensa non simpliciter sed qua domino sint vtiles.

amplo palatio vtile iudicabit. Ideò hæc res ex persona domini rei existimanda est, vt eleganter arbitratur *Celsus in dict. leg. in fundo. ff. de rei vendic.* & elegantissimè *Vlpian. in leg. Sed an vltro. ff. de negot. gest.* vbi *Celsus iurisconsultus* Proculi sententiam deridet, existimantis vtiliter geri, si quis insulam fulciat, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit: & ita non potest dici vtilis impensa, quæ oneratura est patrem familiâs. Idem probatur in *leg. vtilium, ff. de impens. in rebus dotal. fact.* & elegantissimè *idem Vlpianus in leg. seruos, ff. de pignorat. actio.* Denique vt in simili optimè inquit *Tryphonius, in leg. bona fides, ff. deposit.* Totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur impletur, inspicere debemus.] non autem solùm quòd res ipsa pretiosior, & vtilior effecta sit, nullo extrinsecus assumpto. Et ita quoties in damno vel dominus rei, vel ille qui bona fide impendit futurus est, potior erit causa domini, quàm bonæ fidei possessoris, vt in *dicta lege in fundo*. quæ est clauis in hac materia, & vide *Tiraquel. de retract. 2. parte. in §. 7. gloss. 1. num. 5.*

7 Rursus etiam considerandum est furem, siue malæ fidei possessorem, expensas omnes, quæ sine rei detrimento auferri possunt, consequi posse, etiam si non vtiles, sed voluptariæ sint, vt in *l. vtiles, ff. de petitio. hæredi. versicul. videamus.* vbi *Caius* inquit, Videamus tamen ne & ad picturarum quoque, & marmorum, & cæterarum voluptariarum rerum impensas, æquè proficiat ob his doli exceptio, si modò bonæ fidei possessores simus. Nam prædom probè diceretur, non debuisse in alienam rem superuacuas impensas facere, vt tamen potestas ei

De intellec. l. vtiles. ff. de petitio. hæredi.

8 fieret tollendorum eorum, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt.] aliqua per *Tiraquell. vbi sup. numer. 6.* Sed huic propositioni obstare videtur fortissimus text. in *l. Adeo in §. ex diuerso. ff. de acquirendo rerum dominio.* vbi probatur, quòd malæ fidei possessori non datur remedium separationis. Quinimò etsi sint impensæ actu separatæ, non est sibi consultum: ita enim inquit *Caius*. Ex diuerso si quis in alieno solo sua materia ædificauerit, illius fit ædificium, cuius & solum est, & si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur. Itaque nec diruto quidem ædificio, vindicatio eius materiæ competit.] Idem habetur in *§. ex diuerso. Instit. de rerum diuision.* Et considerandum est, quòd dictæ leges ita contrariæ, ambæ sunt Caij iurisconsulti, scilicet *dicta lex, vtiles, de petition. hæreditatis*, & *dict. lex, adeo*, quid ergo in hac difficultate dicemus? gloss. in *§. ex diuerso. institut. de rerum diuisio. & in versicul. certe. gloss. final. in* [illegible] *& Bartol. in leg. in fundo, ff. de rei vendicatione colum. penultim. numer. 11.* dicit aliud in petitione hæreditatis, aliud in rei vendicatione, vt in petitione hæreditatis furi, vel malæ fidei possessori per separationem consulatur, quia petitio hæreditatis etiam non domino datur, cum sufficiat solus titulus hæreditarius, vt in *leg. hæreditatis petitionem, & leg. si scripti. C. de petition. hæredi. Doct. in §. actionum, institut. de actio.* Ideoque contra agentem petitione hæreditatis, cùm fortè dominus non sit, iustè obiiciatur recuperatio sumptuum per ablationem, quando per eam res non fit deterior, secus verò in rei vendicatione, quæ solùm domino datur, & ideò in Publiciana idem quod in petitione hæreditatis erit dicendum. Hæc est solutio Bartol. & conciliatio dictarum legum, quæ certè licet colorem videatur habere, 9

De intellectu l. Adeo. in §. ex diuerso. ff. de acquis. rer. domi.

Prima [illegible] intellect. dictarum legum quæ reprobatur.

quòd solum domino, ædificans in alieno donasse videatur, non etiam alij; tamen vt infrà dicemus, falsa est, quum nulli donasse videtur, tum quia & in rei vendicatione est textus expressus in *ista l. domum.* cuius verba suprà posuimus, & facit text. in *l. 2. eod. titulo*, ibi. Id quod in solo tuo ædificatum est, quoad in eadẽ causa manet, iure ad te pertinet, si verò fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, siue bona fide, siue mala ædificium extinctum sit, si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint.

Rursus alia solutio, quam gloss. *in dict. §. ex diuerso* ponit, & sensit in *dict. l. 2. C. de rei vendic.* quod in *ista l. Domum.* ædificauit ex aliena materia, in *dicta l. Adeo.* vel *dict. §. ex diuerso*, ex propria. est diuinatiua, & falsa solutio, quia nec sunt verba aliqua ex quibus hoc colligatur. Item quia est absurdum, vt magis succurratur ad recuperandam materiam alienam, quàm propriam. Item non placet alia solutio, quam gloss. ponit in *dict. l. 2.* scilicet quòd videatur prædo, seu malę fidei possessor animum donandi habere, cùm in alieno solo facit sumptus, & ita concordentur dictæ leges, vt possit diruta re materiam habere, si probet non animo donandi id fecisse, & ita intelligatur *dict. l. vtiles, & ista l. Domum.* Si verò hoc non probet, amittat sumptus, ita vt nec per separationem, neque etiam si separati sint ei consulatur. vt *dict. §. ex diuerso.* Hæc inquam solutio non placet, quia est falsa, & contra text. *in dict. l. 2. C. de rei vend.* quæ ponit regulam pro fure, vel malæ fidei possessore, vt re separata possit materiam auferre, & limitat si animo donandi id fecit. ergo probatio huius limitationis non ad furem pertinet: maximè quia, vt suprà diximus, animus furis semper est alienus ab animo donandi, & in dubio numquam præsumitur donatio, vt in legibus vulgaribus.

2. Intellectus gl. quæ etiam reprobatur.

3. Intellectus gloss. quæ etiã reprobatur.

Item minus valet alia solutio. quòd in *leg. Domum.* continuauit malæ fidei possessor opus antea cœptum, & tunc per abrasionem sibi succurratur: si verò cœpit de nouo, secus vt in contrariis. ista inquam solutio nihil valet, quia non quadrat verbis dictarum legum, ideò penitus diuinat, licet *Bart. dict. numer. 11.* videatur eam ponere, & *Angel. §. certe. de rer. diui.* post glos. dict. l. 2. eam sequatur.

4. Intellect. Bartol. qui reprobatur.

5. Intellect. qui reprobatur.

Alia solutio etiam diuinat, quòd distinguatur inter malæ fidei possessorem, vel qui sine aliqua causa rem ingressus est, vt hic nullo modo possit tollere id, quod posuit: vt *dict. §. ex diuerso.* & eum qui ab initio habuit aliquam causam, vt conductor: & ita intelligatur *ista lex, domum.* Item non solùm diuinat, verùm est falsa, quia in *ista l. domum.* vt prædo ingressus est ab initio, vt colligitur ex text. in principio ibi, Ab aduersa parte iniuria occupatam.] Et ita notat *Bart. in dict. l. in fundo.* reprobando istam solutionem, licet *Angel. in dict. §. certè,* videatur eam sequi. Sed certè negari non potest istas, leges inter se maximè pugnare, vt difficile sit solutionem aliquam, quæ omnino placeat, constituere.

10 *6. Nouus & verus intellectus.*

Cogitabam tamen, si dici possit, vt dictæ leges concilientur, quòd leges, quę prędoni consulunt per ablationem, vel abrasionem sumptuum quos fecerunt, quando sine rei deteriorratione auferri possunt, vel reperiuntur separati, vt inquam hæ leges, scilicet, *l. vtiles, & ista lex domum.* loquantur, quando ipsemet fur adhuc possidet, & ita ista ablatio fiat per retentionem, & hic intellectus optimè adaptatur ad *istam legem, domum.* in qua apparet furem esse reum, & dominum agere contra ipsum, & furem adhuc domum occupare. Item etiam quadrat ad text. *in leg. vtiles, de petition. hered.* quæ etiam præsupponit quòd sit in possessione ille, qui fecit expensas, cùm quærat an exceptio competat. lex verò contraria, quæ excludit furem ab isto remedio, loquatur per viam actionis, vel officij iudicis, & iste intellect. quadrat ad *dict. l. adeò, in §. ex diuerso, & dict. §. ex diuerso, de rerum diuis.* qui text. voluit, vt diruto ædificio, & ita separatione facta, fur, vel malæ fidei possessor materiam vendicare non possint: vt ex litera eorum apparet, ibi, Et ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vendicare non potest.] Nec obstat text. in *§. certè,* qui sequitur. quia ille text. non ampliùs loquitur de materia separata, sed de remedio simplicis exceptionis, quæ semper malæ fidei possessori denegatur; vt in fortioribus terminis inquit *Iulianus apud Vlpianum, in l. Iulianus, lib. 8. ff. de rei vendit.* Bonæ autem fidei possessor creditur. vt in *l. Paulus respon. ff. de doli except.* Neque obstat *l. cum vir, cum glossa sua. & ibi.* quia ibi, ne alter efficiatur cum damno alterius locupletior, id conceditur.

Verum est quòd huic distinctioni valdè videtur repugnare text. in *dict. l. 2. C. de rei vendit.* quæ vult dominium separatæ materiæ redire ad priorem dominum, etiamsi mala fide ædificatum foret. Ideo videbatur si dominus fur efficitur, non denegandam rei vendicationem, nedum exceptionem. Sed adhuc sustineri posset, vt hoc dominium solum prosit ad retentionem [illegible] lectus [illegible] textui, imò ex ipsius litera apparet reum esse malæ fidei possessorem non actorem. [illegible] enim text. Si inferiorem partem ædificii, quæ solum contingit, ad te pertinere probare potest.] Et super isto themate omnia quæ ibi ponit textus constituuntur, quòd si hæc solutio non placebit alicui, is aliam meliorē inueniat: quod credo fore difficile, cùm antiqui doctores satis in ea re laborauerint, nec aliquid dicunt, quod in totum videatur satisfacere, & hoc quantum ad intellectum istius *l. domum, & l. 2. & dict. l. adeò, & §. ex diuerso, & d. l. vtiles.*

Remanet tamen adhuc textus difficilis cui opus est respondere in *l. ex argento subrepto, ff. de condiction. furti.* vbi apparet quòd etiam quando sine rei detrimento potest separari id, quod expensum est, non tamen id fur separare poterit. Inquit enim *Paulus,* Ex argento subrepto pocula facta, condici posse Fulcinius ait, ergo in condictione poculorum etiam cœlaturæ æstimatio fiet, quæ impensa furis facta est, quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit adolescentis, quamuis cura, & sumptus furis creuerit.] Ecce text. in quo facilis erat separatio sumptuum. Nam vbi deuenitur ad æstimationem, pecunia ipsa sine detrimento separabilis est, nec est aliqua res quæ meliùs quàm pecunia diuisionem & separationem recipiat, vt probat *Venuleius in l. fin. ff. de adimend. legat.* Cùm pecunia sit res omni ratione diuidua, & natura, & effectu, & quoad contractum, obligationem, & solutionem: vt in *l. 2. in §. & harum, ff. de verb. oblig. & in l. In executione, in §. prima species, eod. tit.* Imò ea quæ sunt indiuidua, si deueniatur ad æstimationem, diuidua fiunt, vt in *l. stipulationes non diuiduntur, ff. eod. tit. de verb. oblig. & in l. stipulationibus, in §. operarum, in fin. eod. tit. & in l. si is qui quadringenta, in §. quædam, ff. ad l. falcid. in fin. & in l. lege falcidia interueniente.* notat *Bart. in dict. §. & harum, col. 1.* & hac ratione impensæ factæ in rebus promercalibus, etsi voluptariæ sint, pro vtilibus habentur. text. not. in *l. quod si heres. ff. de impens. in reb. dot.* certè durum videtur quòd in *dict. l. ex argento, Paulus* respondit. Sed pro eius defensione & concordia dictarum legum duæ species sunt notandæ. in *dict. l. ex argento.* 11

De intellectu text. in l. ex argento, ff. de condict. furt. Latissimè.

Prima species est, vbi condicuntur pocula, quæ extant, quæ fur contumax non vult restituere, & ita deuenitur ad pretij solutionem, & tunc iustum est, vt non melioris conditionis sit contumax, quàm ille, qui rem ipsam restituit: ille autem ex poculis nihil detrahere posset ratione impensarum, quia separationem ea res non patitur, ergo nec ex pretio, etiam si separationem patiatur. Sed de ista specie difficile est textum intelligere, cùm non permittendum sit ei, qui rei restituendæ habet facultatem, æstimationem offerre, vel soluere, sed vt præcisè pareat compelli debet, vt in *l. qui restituere, ff. de rei vendic.* ibi, Siquidem habeat rem, manu mili[illegible] offi[illegible] b eo possessio tran[illegible]r.] Facit text. in *l. [illegible] ex empt. in princip. cum il[illegible] ff. de action. empt. & §. pretium, de empt. & vend. & §. aliæ, de donat.* Sed si actor oblationem accipere velit,

Primus casus.

clarum

clarum erit integrum poculorum pretium, non deducto eo, quo pretiosior impensa furis factum est restituendum.

Secundus casus.

Aristopha

Secunda species est. quando res non extat, sed perijt, quia fortè alius furatus est. ἔγνω δὲ φῶρ τε φῶρα. qui posset dicere illud Aristopha. quod Parœmiographus vertit, Ego obambulans ab officina longius alio coquente ollam paratam sustuli. In hac specie licet videatur durum, vt fur soluere debeat non solum æstimationem rei, quam furatus est, sed & sumptus quos ipse in ea re fecit, quia nō videtur æquum in plus teneri, quòd rem meliorem fecerit. arg. *l. fin. C. de alluuio. & paludi. in § similiter. l. 2. de prad. & alijs reb. natu. lib. 11. l. quicumque. & l. pen. de omn. ag. desert. gloss. l. si merces, §. vis maior. ff. loca. glos. magna circa finem*, tamen id defendi potest, quia cùm semper in mora fur sit, vt in *l. 2. C. de condict. furt. & in l. in re furtiua. ff. eod. tit. & in l. fin. C. de condict. ob turp. caus.* vbi concordan. in *glos. Fab. in § si tamen, de rerum diuisio.* non debet domino deterior cōditio inferri, quòd res perierit, quia si res extaret, cum non posset separari id, quod impensa furis creuit, totum domini est, & quasi in re inseparabili adeò ius sibi quæsitum videtur, vt id semper saluum mane-
12 re debeat, etiam re perempta. & ad hoc facit tex. *in l si seruus seruum. in § si oliuam. versicu. quod si iam maturas. ad l. Aquil.* & quod tex. ille dicit. Cùm tibi etiam impensas donauerit, quæ in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur.] non intelligas, vt ea donatio vera sit, quæ ex animo furis, cuius animus à donando alienissimus est fiat: sed in effectu legis potestate, quæ impensas eum amittere cōstituit, maximè vbi mutatur forma rei, quod sæpe solent fures facere ne agnoscantur, sicut & *Cicero* inquit. Fures earum rerum quas ceperunt, signa commutant.] Illud certum est in prædone, qui ad fructus, quos percipere potuit, tenetur, nō deberi eos fructus æstimari, qui ex impensis per eū factis creuerūt, vt in *l. caterū. ff. de rei vend.*

Item notandum est, quòd licet *glos. in dict. §. certe.* quoad abrasionem, quæ conceditur furi, faciat distinctionem inter sumptus vtiles, & inter sumptus voluntatis causa factos: tamen tex. in *dict. l. vtiles. ff. de petitio. haredi.* reprobat istam distinctionem.

Quando inspiciatur bona fides.

Text. etiam l. Si extraneus. ff. de donat. inter vir. & uxor.

13 Est etiam notandum, quòd licet iure ciuili quoad vsucapionem bonę fidei possessor semper habeatur, qui ab initio fuit bonæ fidei, vt in *l. sequitur in §. de illo. ff. de vsucapio. versi. quod si iam.* vbi inquit *Paul.* Quod si iam cum vsucaperet cognouerit rem alienam esse, initium vsucapionis intueri debemus sicut in emptis rebus placuit.] tex. etiam vbi notat *glos. in l. vni. in verb. ab initio. C. de vsucapio. trans.* vbi allegat alias leges. text. etiam est nota. in *l. atque natura. in §. si cum me absente. ff. de nego. gest. & §. diutina. instit. de vsucapio.* facit tex. in *l. si fundum. ff. de fund. dotal.* & idem in fructuum acquisitione, vt in *l. qui scit. in §. bona fidei. ff. de vsur.* tamen quoad impensarum recuperationem non hoc sufficit, sed requiritur quòd bonę fidei sit tempore. quo impendit, vt in *dict. l. Iulianus. lib. 8. ff. de rei vendic.* & licet glos. in *dicto §. certe.* dicat in hoc quia ab initio fuit bonæ fidei, & postea fuit malæ fidei effectus. Quando impendit, viam mediam eligi, tamen ego non video, vt media via eligatur, sed cum eo agi eodem modo: ac si ab initio esset malæ fidei possessor. Sic etiam videmus in litium expensis, vt qui ab initio habuit iustam causam litigandi, si posteà intelligat se malum ius fouere in expensis post superuenientem malam fidem factis sit condemnandus, vt est tex. notabil. in *l. si quis inficiatus. ff. deposit.* imò in omnibus antea factis, si statim non desistat: vt optimè declarat *Decius in l. qui in alterius. nu. 7. 8. & 9. ff. de regul. iur* optimus text. in *cap. cum per bellicam. circa fin. 34. quæst. 2. & l. qui contra. & l. cum ancillis. C. de incest. nupt.* licet *Io. de Imol. in l. fina. colu. pen. ff. de re iudica.* contrarium velit.

Facit quæ dicemus in interpret. l. fin. ff. de legat. 2.

Vltimo notandum est, quòd vbicunque fru- 14
ctus sunt restituendi, etiam à fure, vel malæ fidei possessore, semper impensæ colligendorum fructuum sunt imputandæ: Quia nullus casus (inquit Iulianus) interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.] *in l. fundus, qui dotis. in si. princi. ff. famil. herciscund.* quia fructus dicuntur, id quod deductis expensis superest, vt in *l. 1. C. de fruct. & lit. expens. & l. quod in fructus. ff. de vsur.*

Sed hæc regula, quam nullo casu fallere 15
posse *Iulianus* ait, non paruam habet difficultatem, vt nihil sit in iure nostro non controuersum, cum in *l. si seruus seruum. in §. si oliuam. supra allegata*, contrarium probetur, cum textus velit furem, qui fructus colligit, impensas, quas in colligendo fecit, amittere: donasse enim videri tex. ait vt supra retulimus. Ego existimo aliud esse, fructus venire in condemnatione, cum rei restitutione, vt in ea specie regula supradicta procedat, vbi verò fructus soli furto auferuntur, ipsus vt corpus vendicari. ideò non in eis regula, quę de fructibus loquitur, locum habeat, sed ea res alijs regulis censeatur, vt malæ fidei possessor expensas retinere non possit. Sed adhuc hoc est non minùs difficile, quia impensæ colligendorum fructuum necessarię sunt: nam si ab aliquo non fierent, res periret, ergo necessariæ sunt, vt in *l. 1. ff. de impens. in reb. dot. l. impensa. de verb signific.* in necessarijs autem prædoni succurritur, vt in *l. planè ff. de petitio. heredi.* Quare ergo in *dict. §. si oliuam*, has impensas amittit prædo?

De intell. l. si seruus seruum. in § si oliuam. ff ad l. Aquil.

Possumus dicere, vt impensarum, quæ de- 16
prædando, seu furando fiunt, nunquam ratio sit habenda, etiam si maximè necessariæ sint. text. singularis *dict. §. si oliuam*, quòd ab ea re delictum non possit separari. Nec est æquum eum imputare posse id factum, ex quo crimen ipsum oritur, & propter quod incipit obligari. arg. *l. siue hareditaria. ff. de nego. gest.* vbi autem furtum,

Facit quæ diximus supra cap. 6. fol. 19.

furtum, & impensa separantur, impensa ipsa nihil habet, quòd ita reprehendi possit. Licet enim prædo deliqoerit in expellendo dominum, non tamen delinquit in ædificando. Idemque in fure, qui massam argenti furatus est ostendi potest, qui nõ delinquit si scyphum faciendo, rem reddidit meliorem: & ita non sunt impensæ delicti, nec eius nomine est aliqua criminalis actio constituta. sic & in meretrice turpitudo separatur à mercede, in *l.4. in §. sed quod meretrici. ff. de condict. ob turp. caus.* sed impensa à maleficio non est separabilis, *dict. § si oliuam.* Ideò illius nulla ratio habetur, licet necessaria fuerit, quod est valde notaodum. Similis distinctio, licet in alia materia, colligitur, ex subtili *Rapha. Cumani interpretatione. in l. quoties. in §. si quis nomen. ff. de hereds. instit.* qui constituit differentiam, vtrùm turpitudo possit separari, vel non, à demonstratione, de quo eleganter *Eman. de Acostá. lib. 1. Selecta interpreta. cap. 3.*

Multa circa supradictas leges ponit *R. Segobien. Episcopus, in regu. peccatum. in 2. part. in § 6.* vbi ponit, an *dict. l. ex argento.* habeat locum in foro conscientię, & *Menoch. in tract. de recuperand. possessio. 15. remedio nu. 514. cum multis sequent.* vbi satis ordinatè ponit istam materiam, sed ea non tollunt difficultates per nos tactas, vt apud eos videri potest.

CAP. XI.

Quòd voluntas partium non semper in contractibus attendi debeat.

SVMMARIVM.

1. *In prætorijs stipulationibus conuentiones partium sunt ad formam prætoris redigenda.*
2. *Obligatio de soluenda pensione, debet redigi ad formam supplicationis.*
3. *Causa arctat potestatem, aliàs liberat.*
4. *Clausula donationis an aliquid in contractu venditionis operetur.*
5. *Finis contractus venditionis est contrarius donationi.*
6. *Scientia valoris non tollit remedium. l. 2. C. de rescind. vend.*
7. *Arbitrium boni viri nulla clausula compromissi potest excludi.*
8. *Lex auferens legitimam filia contrahenti matrimonium sine patris voluntate, an valeat.*
9. *Salaria possunt & debent reduci, etiam contra partium conuentionem.*
10. *In causis pijs Princeps ex causa habet arbitrium, etiam contra voluntatem disponentis.*
11. *Episcopus potest visitare capellam, etiam contra voluntatem erigentis.*
12. *Quarta canonica detrahitur contra voluntatem testantium.*
13. *Episcopus potest se intromittere in executione testamenti, etiam contra voluntatem testatoris.*

1 REgula vulgaris est apud iurisconsultos, & doctores nostros, conuentionem partium legem contractui dare, in *l. legem. C. de pact. & in l. 1. in §. si conueniat. ff. depos. & in l. 2. C. de iure emphyt. & l. semper in stipula. de regul. iuris.* non temerè, & sine distinctione recipienda. Nam & in prætorijs stipulationibus, quæ ab officio prætoris proficiscuntur; magis prætoris intentionem, quam quòd partes conuenerint, considerare oportet. Vt si quis in conueniendo prætoris formam excedat, ad eam formam stipulatio sit redigenda: inquit enim *Vlpianus. ff. de verb. oblig. l. in conuentionalibus:* In conuentionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant, enimverò prætoriæ stipulationes legem accipiunt ex mente prætoris, qui eas proposuit. Denique in prætorijs stipulationibus nihil immutare licet, nec addere, nec detrahere.] Idem probatur *ff. de prætor. stipul. l. 1. in fin.* & ideò fit semper interpretatio secundùm negotium super quo interponuntur. *ff. vt lega. non caue. l. 1. in §. si quis sub conditione*, & ita licet in pœnis non soleat considerari an intersit vel non, vt in *l. stipulatio ista. in §. alteri. de verborum. obligat.* tamen si adijciatur pœna stipulationi prætoriæ, non poterit agi, vbi non interest, vt not. *glo. in § alteri. insti. de inutil. stip. per Ias. in l. 2. in §. item si in facto. nu. 15. ff. de verb. oblig.* quo fit vt debitor pensionis, si vl- 2
tra formam supplicationis per obligationem, quam in forma Cameræ vocant, promiserit, ad formam supplicationis reducenda sit obligatio per suprà dicta: nec puto isto casu admittendas declarationes, de quibus per *gloss. & doctor. in dict. l. in conuentionalibus.* scilicet, quod si non valet stipulatio vt Prætoria, valebit vt conuentionalis.

Primò quia præterquam quòd id locum habebit, cùm expressè scienter hoc fit, indubio enim cùm recesserit à forma, errorem præsumam, & iuxta præcedentem obligationem voluisse contrahere. Dico etiam quòd ista est materia, in qua partes non possunt sine labe simoniæ liberè disponere, nec vltra concessionem Papæ obligationem extendere, ideò nihil agi aliter stipulando, nec me mouerit, quòd pecuniam suam quilibet iactare possit, & rei suæ arbiter sit & moderator, quia causa destinguit: & arctat potestatem.

Nam qui bonorum suorum liberam habet 5
administrationem, & donare decem Titio potest, eidem vsurarum causa in numo vno obligare se non potest: & si millies ex ea causa prudens sciensque dederit, millies repetere poterit, vt *l. si tibi decem. ff. de pact. & l. rogasti. in §. si tibi. ff. si cer. pet.* tex. nota. in *l. 3. in §. fi. ff. de annu. l. lega.* latissimè per *Tiraquel. in tract. de vtroque retract. 2. part. in fi. nu. 150.* quia ille, qui dat vsuram, non simpliciter voluntariè dat, sed cum quadam necessitate, inquantum indiget accipere pecuniam mutuo, quàm ille, qui habet non vult sine vsura mutuare. Ita *S. Thom. 2. 2. quæst. 78. art. 1. in fin.* sicut etiam dicimus in societate, vt in *l. si non fuerint. § fi. ff. pro soci.* vbi text. dicit:

Aristo

Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, vt alter lucrum tantùm, alter damnum sentiret, & hãc societatem leoninam solitum appellare.] Facit tex. notan. *in l. in causa cognitione.2.in §. item relatum est, ff. de minorib.* Item relatum est apud Labeonem,] inquit *Vlpian.* Si minor circumscriptus societatē coierit, vel etiam donationis causa nullam esse societatem, ne inter maiores quidem.] Quod probat *idem Vlpianus in l. societas. in fi. ff. pro soc.* vbi dicit. Donationis causa societas rectè non contrahitur.] optimus text. *l. cum hi status. §. si inter virum, ff. de donat. inter virum & vxor.*

Reprobatur ratio D. Episcopi Segobien. super ludo.

Ex his intelliges falsam esse rationem illam, qua doctores vtuntur, inter quos est *R. Episcop. Segobien. in reg. peccatum. 2. part. §. 4. nu. 2.* vt quæsitum ex ludo, etiam reprobato, quia ex libera conuentione, & domini voluntate acquiritur, non debeat restitui, quia, vt diximus, non qui liberè potest donare, potest ex reprobata, & iniusta causa aliquid dare, vel promittere, ideò dicta ratio negatiuè efficax est, vt qui liberam suarum rerum administrationem non habet, per ludum alienare non possit, sed affirmatiuè nullum penitus habet vigorem, si causa ludi iniqua, & iniusta iudicetur, ideò, vt quis non teneatur ad restituendum, quę per ludum prohibitum acquisiuit, alia ratio quætenda est, quàm ea, quæ vulgò traditur à doctoribus.

4 Ex his redditur dubia, seu potiùs falsa opinio doctorum in *l. 2. C. de rescind. vendit.* vbi *Bart. 4. col. & in l. si quis cum alter, ff. de verbo. obligat. cum alijs multis allegatis à Tiraquel. in tract. de vtroque retract. 1. par. § .1 glos. 18. nu. 12. & 14. cum sequent. ab Anto. Gabriel. lib. 3. commu. conclusio. tit. de emptio & vendi. conclusio. 1. nu. 52. cum sequent.* qui tenent, quòd si venditor rei sit læsus vltra dimidium iusti pretij, non habet remedium legis secundæ, si adijciat in venditione se donate id, quod pluris res est, emptori, si sciens hoc fecerit, quæ opinio falsa est: quia licet quis possit donare liberè, tamen ex causa emptiônis non valet donatio, quia eadem necessitate, qua ad vendendum peruenit, videtur & istam clausulam adijcere, vt reperiet scilicet emptorem, sicut enim circumuenitur in vendendo viliori pretio, circumuenitur in adiectione donationis, arg. tex. *l. doli mali. in §. diuersum, ff. de nouati.* Et hoc videtur expressum in dictis legibus de societate loquentibus, in quibus etiam apparet de voluntate, & scientia sic contrahentis, & in donante vsurario, & alijs supradictis ex Sanct. Thoma. finis enim, seu intentio venditionis, sicut & societatis, multum distat à fine donationis, ideò rarum est, vt coniungi isti contractus possint, nullus enim ferè vendit nisi sub spe lucri, vel ratione vrgentis necessitatis, vt in *l. si voluntate. C. de rescind. vend.* ibi: Quòd si videlicet contractus emptionis, atque venditionis cogitasses substantiam, & quòd emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi, votum gerentes, ad hunc contractum accedant. Et *in leg. non idcirco* ibi, Sumptibus necessarijs vrgentibus.] *eo tit.* Ideò nisi expresè appareat originem contractus ab animo donandi ortum habuisse, nunquam donationis clausula erit alicuius effectus. Denique si emendi fuerit principalis intentio, illa donationis adiectio nullum effectum producet, si autem donandi, vera erit opinio doctorum. Nam & si ab amico, cui decem, vel viginti, cùm fructus meos collegero, eram daturus gratis, interim petam tantam pecuniam mutuam, & me daturum duplum promittam, non esset vsurarius, nec illicitus contractus iste, si voluntariè ita contraxi, non incipiens à necessitate mutui, sed à voluntate donationis, & ita debet intelligi text. in *l. si quis donationis causa. ff. de contrahend. emptio.* vbi inquit *Vlpianus.* Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet. Nam ex illis verbis apparet, quòd venditum fuit causa donationis, non autem donatum causa venditionis, quod est singulare, nec ab aliquo ita declaratum; & ita etiam intelligi debet tex. in *l. empti fides. in fi. C. de contrah. emption.* ibi: Donationis gratia prædij facta venditione. Optimus tex. *in dict. l. cum hic status. in §. si inter virum. in fine.* Ad quod etiam facit quod ponit *Tiraquell. vbi supra, in numero 16.* quòd si ista donationis clausula apponatur perfunctoriè ex notariorum consuetudine potiùs, quàm partis voluntate, nihil operatur.

Singularis opinio.

Finis seu causa contractus venditionis.

De intelle. l. si quis donationis ff. de contrah. emptio.

Vide Couar. 2 par. rub de testa. nu. 14.

Ego verò dico, quando prima intentio est vendendi, quocumque modo apponatur, nihil operari, Vniuscuiusque enim contractus & initium spectandum esse, & causam.] inquit *Vlpianus in l. si procuratorem dedero, ff. manda. in princip. cum concordan. allega. in gl.* fac. tex. in *l. nam origo, ff. quod vi aut clam. & in l. 3. C. ad senatus consul. Macedonia. & l. 3. in §. is autem. ff. eod. tit.* text. notand. in *leg. qui voluit. ff. ad senatus consult. Velleia.* tex. in *l. rogasti, ff. si cert. peta.* operabitur autem quando intentio incipit à donatione, quod rarum erit, quia, vt diximus, regulariter nullus vendit, nisi vel causa lucri, vel vrgentis necessitatis, & in vtraque specie animus donandi valde est alienus à fine venditionis, in societate autem, nec si ab initio incipiat à donatione valebit donatio, vt in *d. l. in causa. sup. alleg.* quia tractum habet successiuum, licet *glo. in d. l. societas.* contrarium sentiat in *verb. donationis.* in venditione autem prædicta distinctio erit admittenda. Sunt & alia, quæ ponunt doctores circa *dictam l. 2. C. rescinden. venditio.* quæ ex his sunt superflua, vel falsa, & inter alia, est quæstio illa: An in renunciatione generali comprehendatur remedium *dicta l. 2. de* quo plures refert *Tiraq. in l. si vnquam. C. de reuocan. donatio. in præfatio. num. 127.* Nam si specialis renunciatio non valet, minus generalis operabitur: temperari tamen posset opinio nostra, & defendi cõmunis sentẽtia docto-

rum,

rum, quando ex coniunctione, & diuitiis, vel ex benè meritis euidenter colligeretur, non causa lucri, vel vrgentis necessitatis, deuentum esse ad venditionem. quod ferè recidit in id, quod suprà de prima intentione diximus, vide text. in *l. Nesennius Apollinaris, in fi. cum l. sed hæc nimium, ff. de excusatio. tuto.* ex quibus legibus hæc interpretatio nostra non malè defenditur, maximè iuncta *l. amicissimos. 1. & 2. responso. eodem titul. & l. 1. in §. finali, vbi pupillus educari debeat.*

Couarruu. lib. 2 vari. resol. c. 4. nu. 21.

6 Item eadem ratione etiam falsum erit, quod post *Specul. Bart. & Bald.* voluit *ibi Paul. de Castr. 3. col. nu. 7.* quòd remedium dictæ legis secundæ non habeat locum in venditore sciente valoré rei, quam vendit, de qno ibi per *Pantaleo. de Crema. n. 86. & 87. & Anton. Gabr. vbi sup. n. 86. 13. limitatio.* & alia limitatio, quam ponit *idem Pantaleo in 22. limitatione, n. 122.* & quam ponit *nu. 160.* ex supradicta ratione est reprobáda. Sunt & alia multa, quæ breuitatis causa omitto: faciunt etiam quæ *ipse* refert *num. 171.*

Sic etiã defendi posset pactum vt nõ teneatur de euictione qua ad pretium non restituendũ non valere: sed cogita ad l. si fundum, C. de euictioni. Soci. consil. 220 nu. 7. 2. volumi.

7 Ex hoc etiam ostenditur veram esse opinionem doctorum, qui rectè existimãt nullo modo fieri posse, vt in cõpromisso pars læsa enormissimè excludatur à recursu ad arbitrium boni viri, etiam si opponantur pœnæ, & plenissimæ renuntiationes, vt per *doctores in l. cum antea, C. de arbitr. & in c. quintaualle de iureiurand.* latè per *Anton. Gabr. de commun. conclusio. lib. 2. ti. de arbi. concl. 3. Alexan. consil. 131. col. pen. vol. 2.* Verum tamen est, quod si iniustè petierit reductioné, ita vt sententia arbitri non emendetur, incidit in pœnam contentam in compromisso, vt optimè *Bart. in l. qui Roma, in §. duo fratres, col. 2. n. 5.* per illum text. *ff. de verbor. oblig.* vbi communis. *& idem Bart. in l. Iulianus verum debitorem, colum. 3. n. 7. ff. de condictio. indebi.* quem vide in *l. ex diuerso in §. vbi autem, per illum text. colum. 2. ff. de rei vendi.*

8 Ad supradicta etiam quòd id, quod est permissum simpliciter, non valet, si fiat ex iniusta causa, facit: quia lege vel statuto potest successio filiis adimi, vt alibi dicemus in sequenti libro, si tamen adimatur quando contrahit matrimonium sine parentum voluntate, quia hæc causa est iniqua, & auferens liberã nubendi facultatem: talis lex vel statutum non valet, vt tenet *Ioan. Andr. & Domin. in cap statutum. 1. n. 8. de heretic. lib. 6. Doctor. in cap. Ecclesia S. Mariæ, extrau. de constitutioni.* vbi *Felin. n. 59. & in cap. 1. extrau. de sponsalib. Deci. in consil. 231. D. Episcop. Segobiens. in 4. decretal. 2. part. in cap. 3. §. 8. nu. 6. & Hippol. sing. 589. & per plura folia. Roderi. Xuar. in l. 2. de los casamient. lib. 3. Fori.* sed forsan talis lex, vel statutu defendi posset, quia licet possit filia vel inconsulto, vel inuito patre contrahere matrimonium iure canonico, vt *c. sufficiat. 22. quæst. 2.* eam tamen non sequi parentis voluntatem indecens est, & inhonestum, vt in *c. 1. in fin. de desponsatio. impub.* notat *Abb. in c. magna in 3. notat. extrau. de voto,* de quo latè *Fel. dict. c. 1. n. 13.* maius etiam dubium esset si lex imponeret pœnam cõtrahenti clandestinum matrimonium, quia videtur coadiuuare pœnas iuris canonici, & ex causa legitima disponere, sed de hoc alibi: & vid. quæ latè ponit *Eman. de Acost. in repetitio. l. cum tale. in § si arbitratu. 8. ampliatio. de conditio. & demonst.* vbi tractat, vtrùm mulier nubens raptori amittat lucrum, quod ei non nubendo lege ciuili deferebatur. & vide quę diximus suprà isto lib. in cap. 4.

Ex iis etiam intelliges, quod cùm salaria ad- 9
uocatorum, procuratorum, solicitatorum, & medicorum, & similium, non simpliciter voluntariè constituantur, sed necessitate quadam præexistente, à prætoris æquitate, moderatione, & arbitrio dependent, *l. 1. §. si honorarijs, l. medicus, ff. de var. & extraordinar. cognitio.* Et ideò licet millies de certo salario conueniant, poterit, & debet iudex ad iustam quãtitatem moderari, & hoc est expressum in *dicta leg. 1. in §. cui cautum.* & est text. in *l. salarium. ff. mandati.*

De salario aduocatorũ

Faciunt quæ dicemus infra, in *capite de legum interpretatio. in fin.* Sic videmus quòd si quis in publicam, vel piam causam disponat, licèt princeps voluntatem defuncti mutare, vel commutare non debeat, nec possit. *C. de testamentis, lege testamentum,* tamen cùm rerum publicarum, & piarum, peculiaris sit sibi commissa administratio, cùm dignitas publica reipublicæ maximè debeat esse curatrix, ex iusta causa poterit in melius volun-
tatem commutare, vt *ff. de administrat. rerum* 10
ad ciuit. pertinent. in l. legatum, extrau. de religios. domi. in Clement. cap. quia contingit. & latè diximus in capite octauo. Et ideò si quis capellaniam erigat, & disponat ita, vt non possit Ordinarius in visitando se intromittere, in hoc
nihil agit; impossibile enim est, vt publicam, 11
vel piam causam quis constituat, quæ sit exempta à natura piarum & publicarum causarum, & à personis ei rei præpositis, & publicè constitutis. faciunt quæ tradit *decisio rot. nostra, de*
testamentis, decisione 10. in antiquis. sic etiam Epi- 12
scopus habet legatorum piorum quartam, etiam contra voluntatem disponentium, vt pro communi vtilitate facta diuisio non violetur, de qua in *capite quatuor 12. quæst. 2.* licèt dicta diuisio in desuetudinem, vt aliàs diximus, euanuerit. Ex quibus intelliges, quòd vbi priuatus, ex re etiam sua, negotium publicum aggreditur, publicarum legum, & personarum ei rei destinatarum tenetur sequi arbitrium, & ita, qui suarum rerum moderationem publico, vel pio operi destinauit, publicæ personæ iam subiectã, & intelligat, & agnoscat: vt non omnino libera, sed secundùm publicam vtilitatem moderanda sit eius voluntas: & ita impij homines & hæretici, qui moderationem harum rerum ecclesiasticarum Pontificibus, & ministris adimere conantur, adeò in hoc errant, vt naturalis etiã ratio eis repugnet.

De relictis ad piã causam.

Cùm

Cùm non solum legibus canonicis, & ecclesiasticis, sed & Ethnicorum legibus hoc caueatur, vt pontificis in his rebus sit auctoritas, vt *ff. de petition. hered. l. hereditas, §. fin. & in l. si. ff. de mortuo inferend.*

Ad supradicta faciunt, quæ tradit *Episc. Segobien. in cap. tua. num. 6. extrau. de testamen.* al-
13 legando alios, quod Episcopus potest se intromittere in executione testamenti, data aliorum negligentia, etiam si contrarium disposuerit testator. facit in simil. *l. In confirmando. & l. vtilitatem, ff. de conf. tutor.* Sic videmus quòd Princeps, qui contractus inter partes factos, vel pacta conuenta mutare, vel commutare non potest, vt *C. de transaction. l. causas vel lites,* etiam in melius, vt *ff. mand. l. si mandato. versic. At si nolit creditor.* vt diximus in superioribus. Vota tamen Deo commissa commutare potest, *extrau. de voto. cap. 1. cum alijs.* Hæc omnia confirmantur ex *nouella, Inst. 131. c. 12.* quam opera, & diligentia R. Episcopi Ilerden. habemus, cuius constitutionis verba subijciam (inquit *Iustinian.*) Omnia enim facta ad pietatem pertinentia, Episcopo interesse oportet, quamuis testatoris, vel donatoris verba contrariæ voluntatis expresserint.] de hoc etiam aliàs diximus, huius libri suprà cap. 8. circa finem.

Fac. l. quintus. versic. nec tamen ff. de unnu. legu.

CAP. XII.

De legum interpretatione, & de intellectu l. Ita vulneratus, ff. ad l. Aquil. & quando lex odium, vel fauorem contineat, tum quando sit latiùs interpretanda.

SVMMARIVM.

1. *Enunciatio publicæ vtilitatis in l. quid operetur.*
2. *Verba procemij in leg. vel priuilegio, quid operentur.*
3. *Leges excludentes fœminas, an sint odiosæ, vel fauorabiles.*
4. *Finis & scopus legum, qualis sit.*
5. *Exceptio doli dari potest contra legem.*
6. *Qualiter in puniendis delictis vtilitas publica versetur.*
7. *Leges pœnales semper sunt ampliandæ, ne fieri fraus legi possit. latissimè vsque ad finem.*
8. *Supplenda sunt verba, ne dispositio sine effectu possit remanere.*
9. *De breuium interpretatione.*

SOlent doctores nostri in legibus, statutis, & constitutionibus interpretandis, maximè considerare publicam, vel priuatam vtili-
1 tatem respiciant, vel, vt latiùs eas interpretentur, vel restringant. Quinimò si in procœmio statuti, vel constitutionis (in legibus enim iuris communis raro id contingit) verbulum aliquod de publica vtilitate exciderit, statim clamant constitutionem fauorabilem, & extendendam, etiamsi de impositione vectigalium, quæ in iure odiosa sunt, constitutio loquatur, vel si de dando priuilegio laico coniugato, vt decimas possideat, vel vt ecclesiasticam pensionem super beneficio etiam presbyterali, vel de successione in beneficio disponat, vel vt incestuosus, vel adulterinus filius possit institui. Quod quantum communi iuri, & canonum antiquorum religioni aduersetur, nemo est qui nesciat, vt *cap. 1. vt Ecclesiastica beneficia sine diminutione confer. & per tot. de cleri. coniugatis.* quòd si amplius in priuilegio aliquod verbum sustentationis, vel meritorum adijciatur, statim doctores allegant alimenta respicere, & merita, & quasi vim habere contractus, & remunerationis, ideoque fauorabilia, & amplianda. Sic regressum & accessum, quæ adeò iure communi sunt exosa, vt *cap. ne captandæ, & c. detestanda. de concessio. preb.* etiam fauorabilia dicunt, si in procœmio de publica vtilitate fiat mentio, quasi possit fieri aliquo verborum lenocinio, vt rerum mutetur natura.

Denique affirmant priuilegia hæc publicam vtilitatem respicere, si hoc dicatur in procœmio, ex quo legis causa finalis colligitur, ideoque legem fauorabilem extendendam, & amplian-
dam, & *ex illa vulgatissima lege finali, ff. de hæredi instituen.* argumentum à procœmio sumptum vali- 2
dissimum existimant, pleni sunt ijs leuissimis argumentis recentiorum libri; nam antiquiores his non ita passim vtuntur, nam vt subtilis *Cuma. num. 3.* optimè sentit, illud quod colligitur ex *dict. l. fi.* leuissimum est argumentum, quod paret, quia vbicumque ea ratio poneretur, quæ ibi ponitur, siue in procœmio, siue in fine, est finalis, sed recentiores hoc argumento vtuntur in omni materia, in omni iuris parte. *Ias. in rubr. de actio. 3. col. Chassan. in procœmio consuetud. Burg. in pri.* plures doct. alleg. *Deci. consil. 600. Sarnens. regul. de annal. q. 2. in princi. Parisi. consi. 24. nu. 34. & cons. 34. nu. 32. & consi. 83. nu. 27. 2. volu. & cons. 44. nu. 21. & consi. 46. nu. 24. & consil. 69. nu. 5. volu. 4.* qui alleg. alios, & de isto fauore *Nicolaus Milis in verbo. lex est fauorabilis.* Adeò vt statuta de excludendis fœminis à parentum successione, quam odiosissimam esse constat (si magis legibus quàm leuissimis argumentis credere veli-
mus, cùm expressum sit in *l. Maximum vitium. C. de liber. præter. vel exhæreda.*) vt optimè declarat 3
Polit. in l. filium quem habentem nu. 157. C. fami. hercisciscund. hac ratione fauorabilem, & extendendam existiment, vt in specialibus tractatibus de hac re scriptis apparet, & recentiores in *l. venia edicti. C. de in ius vocando.* Plura satis concinnè in simili cumulat *Tiraquel. in præfatio. ad tracta. de retract. num. 56. cum plur. sequent.* nam alij digladiantur, partim esse fauorabilia, partim odiosa, & distinguendam partem exclusiuam, à parte inclusiua, exclusiua scilicet fœminarum, inclusiua masculorum, vt hæc pars fauorabilis, illa odiosa sit, vt doctores recentiores ibidem tradunt, quasi possit de vna parte, sine alterius agi præiudicio. Et possit de exclusione fœmi-

De procœmio legis.

Latè Tiraquell. cessan. causa limi. 1. num. 64. cum sequenti.

Lex excludens fœminas à parentum successione odiosa.

Lex non potest esse partim fauorabilis, partim odiosa.

narum sine exclusione masculari: & per contrarium. Nam hæc separabilia sunt, sicut non potest dici aliquis actus bonus & malus, etiam diuersis respectibus: vt optimè docet *S. Tho. 2. senten. dist. 40. q. 1. arti. 4.* In iure hermaphroditorum monstra, & hippocentauros passim occurrere videas, si recentiorum interpretationes obserues. Aliqua in simili ponit *idem Tiraquell. de primigenit. q. 4. in princip.* ideò optimè *Deci. in d. l. venia edicti. & Tiraq. in dict. præfa. nu. 65.* hæc non admittunt. quòd si leges excludentes fœminas non admittunt interpretationes aliquas in fœminarum fauorem, non ex eo est, quòd materia earum legum fauorabilis sit, sed quòd adeò fœminas generaliter, & omnino excludere statuta volunt, vt non extensione, sed vi ipsa verborum & fine, nisi fraudare legem velimus, omnibus speciebus excludantur. Denique semper odiosa materia excludens fœminas est; sed non ideò legum interpretationes quòd odium contineant, cauillandæ sunt, vt virtus earum illudatur, vt ex infrà dicendis apparebit. faciunt quæ diximus in libello de redditib. ecclesiast. in 4. parte. in cap. 4. nu. 5. & notata in *l. moris est.* ibi: per consequentiam &c.] *ff. de pœn.*

Sed videamus quale sit illud argumentum quo doctores nostri vti solent, in lege vel constitutione fit mentio de vtilitate publica, ergo est amplianda. Ego dico hoc argumentum ad legem latiùs interpretandam, leue esse, vanum, & inane. Nam cùm lex non possit dici, quæ vtilitatem publicam non respiciat, & omnium legum, vtilitas publica, & bonum commune, sit finis & scopus, argumentum quòd ea lex publicæ vtilitatis facit mentionem, non peculiare illius legis est, sed omnium commune. Ergo in ea lege interpretanda id non magis, quàm in omnibus alijs legibus interpretandis efficiet, quia vt inquit *Isidorus.* Lex est nullo priuato commodo, sed pro communi vtilitate omnium conscripta.] Et licet actus humani sint in particularibus, tamen illa particularia referri possunt ad bonum commune, non quidem communitate generis, vel speciei, sed communitate causæ finalis, secundùm quod bonum commune dicitur finis communis: & ita *S. Thom. in 1. 2. quæstio. 90. articul. 2. ad secundum.* Omnes igitur leges, & statuta publicam respiciunt vtilitatem. Nam & lex, quæ ex nudo pacto oriri actionem negat, vtilitatis publicæ causa id efficit, ne sine iusta deliberatione promissum exigi possit. Item vt minor alienare non possit, vt tot solemnia in testamentis adhibeantur, vt mulier senatusconsulto Velleiano, & filius familias Macedoniano iuuentur, pro bono publico introducta sunt, similiter & vsucapiones, vt dicitur, *ff. de vsucapioni. in l. 1.* & omnes aliæ leges ea causa sunt constitutæ: si enim priuatam vtilitatem respiceret, non iam lex simpliciter, sed lex priuata, siue priuilegium diceretur, vt est text. *in cap. priuilegia. 3. distinct.* & lex quæ sub generali nomine editur, si priuatum aliquem respiciat, lex iniusta est, & dolosa, & doli mali exceptione excludi potest, vt *l. 1. in fin. ff. de dol. mal. except.* faciunt quæ notant *Abb. & Deci. numer. 4. in cap. consuluit. extra. de appellatio. & Ias. in l. quominus. num. 157. de fluminibus,* & alibi suprà diximus in cap. octauo.

Omnis lex respicere debet publicam vtilitatem.

5 Lex priuata est iniqua.

Denique quod lex de publica vtilitate faciat mentionem, nihil specialiter efficit, neque ex hoc magis erit extendenda, si materia talis sit quæ ius commune lædat: hæc enim verior est regula, quòd constitutiones, quæ ius commune magna deliberatione conditum tollunt, & corrigunt, debeant strictissimè interpretari, vt *in regu. quæ à iure communi. lib. 6.* & optimè declarat *Tiraq. vbi sup. num. 62.* quòd si & materia ipsa sit de se etiam odiosa, quales sunt suprà relatæ, quis dicere poterit latè fore interpretandam, licet millies in procemio de fauore, & vtilitate publica mentio fiat? id enim eò pertinet, vt ea res quæ de se mala est, & de ordinatione nem maximam in se continet, vt verba S. Tho. vsurpemus, ex circumstantijs enunciatis defendi, non vt extendi possit, vt in *l. quod vero, ff. de legib.*

Maximè quia vt latè sequenti dicemus c. rationes generales parū habēt ponderis vel momenti.

Nec supradictis obest, quod *Iulianus in ista l. ita vulneratus, ff. ad l. Aquil.* ad ostendendum in excusandis pœnis delictorum, non summo & subtili iure vtendum, & ad legem ampliandam vtilitatis publicæ allegat rationem, ex quo sequi manifestè videtur, quòd non omnium legum ea ratio est communis, alioqui inepta in ea specie esset, vt suprà probatum est. Ita enim inquit elegantissimè *Iulianus*: Quòd si quis absurdè hæc à nobis constitui putauerit, cogitet longè absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, cùm neque impunita maleficia esse oporteat, neque facilè cōstitui possit, vter potiùs lege Aquilia teneatur: multa enim iure ciuili cōtra strictam rationem disputandi pro vtilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest. Vnū interim proposuisse contentus ero, cùm plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamuis subtili ratione dici possit, neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.] Ex quo text. doctores nostri notant reipublicæ interesse, ne impunita remaneant maleficia, & sic speciali ratione vtilitatis publicæ in hac iuris parte leges fauorabiles censeri, & aliquid in hac esse, quod alijs iuris partibus non sit commune. & ita *Bart. in l. quemadmodum. C. de agri. & censi. l. 11.* vult hac ratione leges punientes delicta, fauorabiles esse: quod notant doctores in *l. si quis id quod. de iurisdictio. omniū iudic. ff. Soci. in l. 2. in princ. colu. 5. ff. de acquir. possess. Corne. consil. 133. lib. 4. Ias. in l. cum quidam. nu. 26. ff. de liber. & posthu. Hippol. in l. 1. C. de rapt. virg. num. 83. cum sequent. & in sua practi. crimi. §. diligenter. nu. 130. & in §. aggredior. nu. 59. cum sequent.*

De interpretatione leg. ita vulneratus ff. ad legem Aqui.

Sed

1. Intellect. l. ita vulneratus.

6 Sed his potest duplieiter responderi, primo modo quòd *Iulianus* potius illam rationem proponit, vt tacito argumento respondeat, quàm vt sit ratio specialis illius legis, obijci enim posset Iuliano, legem illam Aquiliam strictè interpretandam fore, quòd pœnam contineat, & quòd, vt *Hermogenian.* inquit *in l. interpretatione, ff. de pœn.* Interpretatione legum pœnæ molliendæ sunt potius, quàm exasperandæ.] Ergo interpretanda lex est, vt pœna vitetur. ad hoc respondere videtur *Iulianus*, cùm leges vtilitatis communis causa fiant etiam in ea parte, in qua pœnas respiciunt, ita interpretari debent, ne virtus legis eludatur, nam ne fiat fraus legi, etiam in odiosa materia verba propriè intelligere debemus, & legem ampliare, vt legis mens seruetur, quod elegantissimè docet *idem Iulianus, in l. 4. in §. pen. ad Senat. consult. Macedon.* vbi vult legem de mutuò loquentem, etiam in materia odiosa, ad venditionem esse trahendam, ne fraus legi fiat. inquit

Semper lex est interpretanda ne eius verbis eludatur.

7 enim: Is autem solus Senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam dedit, non qui alias contraxerit: putà vendidit, vel locauit, vel alio modo contraxit. Nam pecuniæ datio perniciosa parentibus eorum visa est, ideò & si in creditum abijt filio familias, vel ex causa emptionis, vel alio contractu, in quo pecuniam non numeraui, & stipulatus sum, licet cœpit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniæ numeratio non concurrit, cessat Senatusconsultum, quod ita demum erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sit cogitata, vt qui credere non potuit, magis ei venderet, vt ille rei pretium haberet in mutui vicem.] facit etiam quod optimè ex ipso Iuliano, Vlpianus refert in *l. sed & Iulianus. in princi. eo tit.* & quod dicit *ipse Vlpianus in eadem l. in §. mutui dationem*, vbi ita inquit: Verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri, ait enim: Senatus mutuam pecuniam dedisse, sed si fraus sit Senatusconsulto adhibita, putà frumento, vino, vel oleo mutuo dato, vt his distractis fructibus, vteretur pecunia, subueniendum est filio famil.] sic apud *Iulianum in l. si quis integris. in §. minor, ff. qui & à quib. minor.* qui vendere vel donare potest, manumittere autem seruum non potest, Si tibi eum vt manumitteres dedit, negauit eum Proculus liberũ esse: quoniã fraus legi facta esset.]

Et ita ne fraus legi fiat, est facienda interpretatio etiam in materia stricta. interesse.] denique quoad interpretationem, an fraus legi facta esset,] vt inquit text. *in l. hoc modo, ff. de condi. & demonstr.* & ita declar. *Deci. in l. factum suum. in §. fin. ff. de regu. iur. & Tiraq. post leges connubial. in glos. 5. num. 115.* facit quod not. *glos. in c. fi. de vsur. lib. 6.* optimus text. *in l. si quis adulterium. in §. pen. ff. ad legem Iuli. de adul.* vbi eleganter inquit *Marcellus:* Verbis non tenetur, sed tamen dicendum est, vt teneatur, ne fraus fiat.] Facit text. in *l. scire oportet in §. 1. ff. de tutor. & cura. dat. ab his.* & hoc est quod *Celsus* inquit in *l. Benignius, ff. de legi.* Benignius leges interpretandæ sunt, quo voluntas earum conseruetur.] Fac. text. in *l. mater, in §. in eum, ff. si quis omiss. caus. test.* Et ita optimè dicit *Bart. in l. 2. in §. exercitum, ff. de his qui not. infam.* quòd lex pœnalis semper est interpretanda, ne delicta impunita remaneant, & ita ne lex eludatur, vel eius vis: non tamen *ipse Bart.* negat, quin pœnalis lex restringenda omnino sit, nisi in ea specie, quo eluderetur. Facit tex. in *c. si ciuitas, vel castrum, de sentent. excommun. lib. 6.* Nam vt non eludatur lex, quæ semper vtilitatẽ publicam natura sua respicit, vtilitas publica exigit, etiam in ea parte iuris, quæ aliàs vt pœnalis est restringenda, ideò in alijs iuris partibus multo magis id erit obseruandum: vt eleganter inquit *Terentius Clemens in dict. l. hoc modo, ff. de condi. & demonstr.* Interpretandum ipso iure rescindi, quod fraudandæ legis gratia esset conscriptum; legem enim vtilem reipublicæ, sobolis scilicet procreandæ causa latam adiuuandam interpretatione.]

Quãdo in materia odiosa sit facienda larga interpretatio

Facit tex. in l. nomen debitoris in § 1. ff. de lega. 3.

Et hic modus intelligendi *dictam l. ita vulneratus*, maximè suadetur, quia in specie ibidem proposita magis vtilitas priuata versatur, quàm publica, si non eo modo quo diximus ibi vtilitas publica capiatur: cùm & legis Aquiliæ crimen non publicum, sed priuatum sit, & quòd pecuniariam pœnam semper contineat.

2. Intellec. d. l. ita vulneratus.

Secundo modo potest illud Iuliani responsum interpretari, quòd in puniendis maleficijs publica vtilitas quædã specialiter versetur, quia cùm bonum commune, & Reip. securitas, & quies sit finis legum, & à facinorosis hominibus maximè quies turbetur, & violetur securitas, in qua maximum bonum consistit, cùm è contrario, deterius in republica malum non possit esse quàm turbatio, vt *l. 1. ff. ad leg. Iuliam maiestatis.* magis in puniendis maleficijs vtilitas publica versatur, cùm hæc potiorem securitatis partem aggrediantur, & lædant, ideò in hac parte eminere publica vtilitas videtur, quòd si crimina sint ita atrocia, vt rempublicam maximè turbent, non erit dubium in eis puniendis maximam vtilitatem reipublicæ versari, vt *dict. l. 1. ad legem Iulia. maiestat.* Sed vt diximus, non hoc efficit quin interpretandæ leges sint, vt potiùs pœnæ molliãtur, quàm vt exasperentur, ita tamen si lex non eludatur, hæc enim causa omnibus potior est, vt suprà est probatum, dum tamen periculum non sit, vt innocens possit condemnari, vt diximus suprà in *cap. 1. circa fin.* & per totum illud caput. Denique quòd in prooemio legis, de publica vtilitate fiat mentio, vel non, nihil interest, cùm puniendis delictis publica vtilitas, & in omnibus legibus versetur, hoc tamen non efficit vt si materia odiosa sit, latiùs interpretari lex debeat, nisi quando aliter interpretando, legi fraus fieret, & eius vis eluderetur; hoc enim maximè cauendum est, ne legis vis & effectus eludatur: nec verbis in ea specie satisfieri sufficiet, si mens eius & effectus euacuetur, quia Non du-

Fraus legis semper est cauenda.

bium est, inquit text. in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem.] Vt in *l. non dubium. C. de legib.* optimus text. in *l. 2. in § non solum, ff. ad senat. consult. Tertullian.* quid enim interest, si quod noluit lex, hoc, vel alio modo fiat. vt in *l. scire oportet. in § 1. ff. de tutor. & cura. dat. ab his.* quinimò deterior est, qui modis exquisitis legem frandare intendit. text. est notab. in *l. ita fidei, ff. de iure fis.* vbi inquit eleganter *iurisconsultus*: Imò in priori specie maiorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum legem circumuenire voluit, sed etiam interpretationem legis.] Et semper cauendum est ne fraus impune committatur, vt in *l. si longius. in § si filius famil. circa finem. de iudic. & l. si Prator. eodem tit.* ibi, Alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta, & decreta Prætorum.] *cum concordantijs ibi allegat.* facit text. in *l. 1. in § 1. versicul. & nisi hoc, ff. de naut. caupon. & stabula.*

Quando lex sit supplenda.

8 Adeo autem cauendum est ne sine effectu actus remaneat, vt si verbis ipsis inspectis dispositio, siue legis, siue hominis, non possit sortiri effectum, admittatur interpretatio etiam per suppletionem verborum, vt effectus dispositionis sequi possit. text. notab. in *l. tali, ff. de iure dot.* vbi eleganter inquit *Iulianus*: Tali facta stipulatione, decem in anno proximo dotis nomine dare spōdes. Quæsitum est, annus ex quo tempore esset numerandus, vtrum ex die stipulationis factæ, an ex eo die quo dos esse potuisset, id est, nuptiarum, & responsum est, ex die nuptiarum annum esse numerandum. Ne si aliter obseruaremus, si intra annum nuptiæ factæ non sint, videri possit dos ex ea obligatione non deberi.] Similis ratio ponitur in *l. sin diem, ff. de conditio. & demonstra.* ibi: Quia absurdum visum est, antè diem præterire, quā is existeret, &c.] Ecce quòd illa verba in anno proximo, non ad tempus præsens referuntur, etiamsi verba ipsa hoc clarè innuant, ne actus reddatur illusorius. text. notab in *leg. 3. § si quis hæredi. ff. de statu. libe.* Si quis hæredi in diebus triginta proximis mortis testatoris, dare iussus fuerit, deinde hæres tardius adierit, Trebatius & Labeo si sine dolo malo tardiùs adierit, dantem eum intra triginta dies aditæ hæreditatis, ad libertatem peruenire, quę sententia vera est.] Ecce text. notabilem in quo eadem ratione verba illa clara contemnuntur, vt effectus non eludatur: facit glos. notab. in *l. fi. verbo, delata. C. de iure delibe.* text. *l. si hæreditas eius, ff. de statu liber.* in quo licet *Iabolenus* id libertati præstiterit, tamen idem in alijs dispositionibus obseruandum est per dictas leges: faciunt quæ ponit *Bart. in l. sicut legetur. in num. 4. ff. de lega. 1. vbi Ias. num. 16. & Deci. consi. 633. num. 2. cum sequent.* fac. text. in *cap. super eo 2. in fi.* vbi etiam *Deci. num. 11. extrau. de appell.* quæ tradit *Rui. consil. 63. lib. 5. & Roch. de Curt. tract. de iure patronat. verb. honorificum. num. 58. Tiraque. de vtroque retract. 2. parte in § 2. in gl. vni. num. 15. & nu. 53. cum seq: & Anton. Gabriel. lib. 2. de commu. conclu. tit. de arbitrio.*

De interpretatione l. si hæreditas, ff. de statu lib.

num. 10. cum sequ. conclusi. 2. sic eadem ratione videmus in pupillari substitutio. verbum, mihi, reijci, vt in *l. 1. cum glos. in verbo, Caius Seius, ff. de vulgar. & pupilla. substitutio.* quæ communiter approbatur.

Vide quæ Mari. Salomo. in l. omnes popul. nume. 35. & n. 26. & 27. & 37. & 43.

Ex quibus apparet iustissimè in rota nostra fuisse resolutum, quòd licèt in Breuibus de capienda possessione apponatur clausula, vt prouisus teneatur infra sex menses literas expedire, & iura cameræ persoluere, id tamen interpretandum sit, vt si capere possessionem non possit, dicti sex menses non currant. licet enim ex verbis aliud prætendi possit, hæc tamen expositio est iusta, & ex mente dictarum legum, & contraria esset iniqua. quam interpretationem etiam obligationes de soluendis annatis, quæ in expeditione literarum fiunt, eadem ratione recipient, etiamsi iuramentum interueniat, & in forma cameræ concipiantur. vt *l. fin. C. de non nume. pecu. cum multis adductis ab Anto. Gabri. lib. 2. commu. conclu. tit. de iureiurand. conclusi.* 10. cùm, dum quis frui non potest beneficio, annatam soluere non teneatur, quæ ex ipsis solùm fructibus debetur, seu saltem propter ipsos: & ita intrat regul. text. vbi *Bart.* notat *in l. quidam testamento. in § si tibi seruus, ff. de lega. 1. & in l. 4. in § sed si nauis.* vbi notat *Bald. ff. ad l. Rhodi. de iactu.* & text. in *l. electio. in § si is. ff. de noxali. actio. & in l. si cum exceptione. in § aliquando, ff. quod met. caus. & in l. in naue Sauphei, ff. locat.* & cùm prædictæ obligationes sint Prætoriæ, magis quid iuris in ea re, quàm quid sit scriptum est inspiciendum; vt latiùs diximus in cap. præcedenti, & Deo concedente ex recollectis à nobis decisionibus, aliquando fusiùs ostendemus.

De interpretatione Breuium. Fac. l. cum quis decedens § qui testamento de lega. 3.

9

L. filius fam. § interdum ff. de leg. 1.

CAP. XIII.

Ad l. 1. ff. de re iudicat. an valeat sententia ita prolata: condemno Titium in petitis, si est probatum cum debere.

SVMMARIVM.

1. *Sententia lata sine causæ cognitione est nulla.*
2. *Intellectus Ripæ reprobatur.*
3. *Sententia, quæ absolutionem vel condemnationem non continet, est nulla.*
4. *Controuersia facti maximè pertinet ad iudices.*
5. *Quando sententia sub conditione teneat.*
6. *Conditio intrinseca magis vitiat, quàm extrinseca, in his, quibus certitudo requiritur,*
7. *Aliquid esse probatum pendet à iudicis arbitrio.*
8. *De intellectu l. ait prator, § si iudex. de re iudicata.*
9. *Sententia vti possidetis, ita possideatis, viribus valeat.*
10. *Sententia sub conditione, si probauerit, an valeat.*
11. *Sententia sub conditione, si iurauerit, valet.*

Modestinus,

MOdestinus, Res iudicata dicitur, quæ finem controuersiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit.] Ex isto Modestini responso manifestè apparet iudicem, qui de causa cognoscit, finem controuersiæ, quoad eius fieri possit, imponere debere; licet enim in potestare sua non semper sit, vt rem iudicatam efficiat, quia vel in prima instantia cognoscit: ita tamen iudicare deber, quasi ab eo appellari non possit, & quatenus in se fuerit, causam finire debet. quia Omnia iudicia (vt inquit *Cicero*) aut distrahendarum controuersiarum, aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt.] Sententia igitur quæ ex intentione sua hoc non efficit, non potest dici sententia, Nam dicere sententiam (inquit Paulus) existimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, vt secundum id discedere eos à tota controuersia velit.] Vt in *l. dicere sententiam, ff. de arbitr.* cum ad officium iudicis lites dirimere pertineat, inquit *Iuli. in l. quidam existimauerunt, ff. si cert. pet.* Ex quo semper mihi visa est falsa quædam opinio *Barto. in l. ait Prætor, §. si iudex. in isto tit. de re iudic. colu. 2. num. 4.* vbi inquit *Bart.* Per hanc legem nota, quòd valet sententia, *si* iudex dicit: Condemno te si est probatum. facit inf. eo. titu. in *summa*, ista enim non est conditio extrinseca, vt notatur C. de sentent. l. Cum iudex. Sed est conditio de præsenti, vt notatur infr. eo. à Diuo Pio. §. in venditione. Hac enim cautela vtuntur assessores. quando non habent plus de termino infra quem debeant pronuntiare, vel quando est tanta eorum imperitia, quòd ex actis nesciunt colligere, vtrum sit probatum, vel non. hæc sunt verba *Bart. qui in numero 6.* vult posse etiam ita pronuntiare, Condemno te si est probatum, & si non est probatum, absoluo. Hæc opinio Bart. est communiter approbata, vt patet ex *Alex. ibidem. & Ias. col. 5. & Ripa. 4. col. Ias. in §. curare. num. 40. de actio. & Feli. in cap. testimonium num. 18. extrau. de testibus. & Deci. in cap. super eo. in num. 23. extrau. de appellation.* Sed *Rapha. Cuman.* optimè contrarium defendit, cuius opinio verissima est. Quia, vt ipse inquit, qui ita pronunciat, sine

Qualis debeat esse sententia.

Defenditur opinio Cumana.

1 causæ cognitione pronuntiat, ideò sententiam profert inualidam, vt commun. Doctores volunt, post glos. in *l. prolatam. C. de sentent. & interlocutio. omni. iud. l. 4. C. de accusa. Fel.* latè in *cap. Ecclesia Sancta Mariæ. num. 17. de constitution. Alex. l. 2. num. 9. C. de eden. Parisi. consi. 124. num. 1. cum seq. vol. 4. & consi. 79. num. 1. & consi. 98. num. 18. & consil. 79. numero 1. vol. 1. & consi. 85. numero 47. vol. 3.* Nec responsio *Ias. ibidem, & Felin. in cap. cum venerabilis. numero 42. extrau. de exceptio.* quòd vbi parte præsente, vel citata iudex pronunciat, causa cognita pronunciare videtur, iuxta not. *in eadem l. prolatam*, quia vt bene aduertit *Ripa*, illud est iuris præsumptione, quæ cessat, in claris, vt hic sumus. ex verbis enim sententiæ supradicto modo prolatæ, iudicem causæ cognitionem non adhibuisse apparet, ideò cessat dicta præsumptio, quia ex istis verbis conditionalibus apparet, sibi non liquere quid fuerit probatum, vel nō. & facit in simili optimus text. *in cap. 1. de postulat. prælat. libr. 6.* ibi; Cùm rem imperfectam significare noscantur,] & ibi, Cùm incertitudinem contineat.]

Contra Ias. & Felin.

Rursus quid interest an cognouerit de causa, vel non, iudex qui ita pronunciat? Quinimò meliùs facit iudex, qui ita pronunciaturus est, si de causa non cognouit, ne oleum, & operam perdidisse videatur: nec placet responsio Ripæ, qui saluando communem opinionem, vt ipse dicit, respondet. Quòd in sententia ita 2
prolata, Condemno te, si est probatum, dictio, si, sumitur pro quia, vt iudex affirmare videatur probatum esse. Nam ista interpretatio Ripæ potiùs corrumpit doctorum opinionem, quàm defendit. Cùm doctores velint non puram, sed sub conditione esse sententiam ita prolatam; ipse autem eam puram efficiat, contra mentem, & verba iudicis proferentis: nam licet verbum, si, aliquando accipiatur pro quia, vt in locis per eum allegatis; tamen ea interpretatio raro est admittenda, & solùm cùm ex alijs verbis id colligi potest, & vbi verba dubia sunt; nam tunc potius fit interpretatio, vt valeat sententia: nam si iudex in interdicto Vti possideris, decernat, vt quis maneat teneatur in possessione in qua existit, rectè pronunciat, quia illa verba In qua existit affirmatiuè, non conditionaliter sunt interpretanda, & ita seruat communis practica, sed in specie proposita non potest admitti interpretatio Ripæ, quia verba ipsa simplicem & clarum habent significatum, vt ad sensum patet. Item in alio exemplo Bart. scilicet, Condemno te, si est probatum, si vero non est probatum, te absoluo; ista interpretatio Ripæ esset præclusa, quia contraria contineret sententia. Ideò sententia talis adeò inepta est, vt nulla ratione possit excusari, cùm nullam controuersiam dirimat. vt mirandum sit doctores nostros in re adeò manifesta falsos fuisse. Nam eorum opinio nulla ratione defendi potest. Primò quomodo sententia diffinitiua dici potest, quæ controuersiæ finem nullum imponat? quod est de ratione sententiæ, vt in *ista l. 1. & in §. diffinitiua. 2. q. 6.* Diffinitiua quoque sententia, quæ 3
condemnationem, vel absolutionem non continet, pro nulla habetur. Talis autem hæc sententia est, quæ ita rem indecisam relinquit, ac si lata non esset.

Contra Ripam.

Præterea ad iudicis officium pertinet quæstionem facti decidere, an verè sit Titium debere, vel non, & ideò si Titium decem debere pronunciet, etiam si non addat eum ad soluendum condemnare, rectè pronunciasse videtur: text. notabilis & expressus, vbi *Iulianus* istam sententiam probat *in l. si Prætor, suprà de iudic.* &

Facti quæstio pertinet ad iudicem.

De facti quæstione vide infra lib. 3. titu. in fine.

Vlpianus in l. quid tamen. in §. si arbiter suprà de arbitris. vbi inquit: Si arbiter ita pronũtiasset, nihil videri Tirium debere Seio: tametsi Seium non vetuisset petete, tamen si quid petijsset videri contra sententiam arbitri fecisse, & id Ophilus, & Trebarius responderunt.] Quia facti quæstione dirempta, intrat legis dispositio, & per contrarium, si dimisso facto de iute proounciet, nihil agit, vt putà si debes, si est probarom te debere, condemno. facit text. notab. io *l. 1. in §. calumniatus, ff. ad Senatusconsult. Turpill.* vbi ita inquit *Martianus*, loqueodo de iudice, qui de calumnia cognouit, Sin autem pronunnauit, calumniatus est, coodemnauit eum, & quamuis nihil de pœna subiecerit, tameo legis potestas aduersus eum exercebitur. Nam vt Papinianus respondit, facti quidem quæstio in arbitrio iudicantis est, pœnę verò persecurio non eius voluntari mandatur, sed legis auctoritati reseruatur.

Vide Aymonem cons. 79. num. 4.

Contra Innocentium. Ex hoc text. appatet defendi non posse opi. Innoc. qui in *cap. qualiter & quando. 2. super verbo, ad denunciationẽ, extrau. de accusa.* tenet: quòd si in sententia dicatur, qoendam commisisse crimen dignum priuarione, ooo ex ea videtut priuatus, cuius opinionem *Felin.* seqmitur in *cap. inquisitionis, num. 7. in fin. eod. tit. & Hipp. sing.* 200. sed falsa est hæc opinio, vbi pœna est omnino incerta, ita vt non cadat arbitriom, vt infrà dicetur: & falsa est etiam opin. *Bar. in l. is cui bonis, ff. de verb. obliga.* dicentis, qoòd si iudex pronunriet aliquem esse prodigum, non videtut ei bonis interdictum ex dicta senteotia: quod fal-

Cõtra Bar. sum est, quia cùm iudex factum declarauit, legis effectus sequitur per dictas leges, & ita verior est opinio tenentium cootrarium, qoos referunt recentiores *Aret. in l. 1. in §. si quis ita. 2. colu. de verb. oblig. Alex. num. 10. in ead. l. is cui bonis.* licet non pauci opinionem Bar. sequantut, sed est contra dict. l. & est optimus text. in *l. quæro, ff. de ædili. edict.* qui si rectè inspiciatut hęc decidit contta *Bart. & Innocent.* quinimò si iodex proountiat esse prodigum, oõ potest efficere quin bonis sit ei intetdictum, vt in *l. non poterit, ff. de furt.* vbi *Marcellus* inqoit. Noo poterit præses prouinciæ efficere, vt furti damoatum non sequatut infamia.] Intellige tamen soptadicta, quando pœna criminis est certa & indobitata, secùs tamen vbi posset cadere arbittium, qood maximè in pœnis iuris canonici contingit, vt ex his quæ tradunt *doctor. in cap. at si clerici. vbi Abb. num. 33. & 34. & Deci. 34. de iud. in princ.* apparet: & ita potest saluari dict. Innoc. quia finis Iuris canonici in puoitione delictotum est cotrectio: & ita non solùm respicit vrilitatem publicam in puniendo, sed & priuatam ipsius puniendi: ius autem ciuile nullam in hoc punieodi rationem habet: ideò certiores sunt pœnæ de iure ciuili: & ita si iudex maleficiorum, qui latrũculatot ab Vlpiano appellatur. iò *l. solemus, §. latrunculator, ff. de iudic.* ita pronunciet, Titium homicidam esse improbom, etiamsi de pœna nihil dixerit, rectè ptonuociaoit: Soccedit eoim legis aoctoritas, quæ inquir homicida & parricida quod fecit semper expectet, *in l. 3. C. de Episc. audi.* quòd si ita ptonuntiet, Tirium, si probatum est eum esse homicidam, ad pœnam mortis condemno, nihil proounciasse videtur. Nam omisso officio iudicis, & munere ad se pettinenti, officium legis vsurpat. & ita elegaoter *Vlpian. in l. eum quem temere. in §. 1. ff. de*
iudi. inquit, Iudicibus de iure dubitaotibus 4
præsides respondere solent, sed de facto consulentibus oon debeot præsides consilium impertire, verùm iubere eos, prout teligio suggerit, senrentiam proferre.] Nam ad hoc sunt iudices constituti, vt factum expliceot, in quo si hærent, non est consultarioni locus, quòd si iuris difficultatem noo intelligaot, superiorem rectè consulunt: facit text. *in cap. de muliere, extrau. de sponsal. & in l. vt responsum. C. de transactio. & l. precibus. C. de impubert. & alijs substi.* & ita *Paul.* quæstionem facti ad iudicem reijcit, *in l. Titius. in fi. princip. sup. de liber. & posthu. & Scæuola in l. alimen. in fin. princip. suprà. de alim. lega. Vlpian. in l. idem erit. in fi. ff. de statu homi.*

Denique boni iudicis est vtrumque seoteotia comprehendere, sed nisi facti quæstiooem dirimat, nihil omoino fecerit, & seotentia nulla erit, contta doctotes. Contta quos, vltra supradictas sunt plures etiam aliæ leges expressæ: Nam est responsum *Pomponij apud Vlpian. in l. quid tamen. in §. Pomponius. sup. de arbit.* vbi ita ioquit: Pomponius ait iootilitet arbitrum incertam sententiam dicere, vt putà, quantum ei debes redde.] & infra, Pro ea parte, qoã creditoribus tuis soluisti, accipe.] Ecce text. expressum qui reprobat istam senteotiam: nec dici potest certiorem esse istam seotentiam, si est probarum te debere decem, solue, quàm illa de qua Pomponius, vtraque enim sententia alteram seotentiam expectat. Non etgo magis hæc, quàm illa valere potest. quòd si adijcias cum doctoribus, & aliam partem in sententia, qua si non est probatum te debere decem, absoluat, maiotem incertitudinem continet, cùm vterque se absolutum, & aduersarium coodemnatum prætendere possit. Nam vt ait *Paulus eod. titul. in l. Dicere sententiam. suprà allegata*, Dicete sententiam existimamus eum, qui ea menre quid ptonunciat, vt secundom id discedere eos à tota controuersia velit.] Ecce text. etiam expressum contra dictam sentenriam, quam nemo dixerit ea mente latam, vt à tota controuersia discedatur. facit text. *in l. fin. C. de sentent. quæ sine cert. quantita.* facit etiam text. io *l. in summa. in §. qui sortis. infr. eod. titu. de re iudica.* Qui sortis, (inquit text.) condemnationem faciunt, de vsuris antem ita ptonunciant, vsutæ si quæ competunt, vel quæ competunt vti præsteotur, oon rectè pronunciant: debent enim de vsuris quoque cognoscere, & certam facere condemnarionem. qui text. videtut decidere istam quæstiooem. Nam etsi videator ibidem

Sententia debet esse certa.

non

non valere sententia,quia certam quantitatem non continet; tamen non solum hoc notat *Vlpianus.* sed & illud, quod, qui ita pronunciat sub conditione, si competunt, vel debentur vsuræ,vel simile,non videtur de vsuris cognouisse. Denique debuit cognoscere, & ita, an debeantur,vel non, in controuersia non relinquere: & exprimere etiam quantitatem, vtroque ergo modo peccatur, & ideò alterum sufficit,vt sententia nulla sit.

5 *Quæ conditio possit poni in sententia.*

Superest vt videamus quibus rationibus doctores moti sunt, vt illis satisfaciamus, etsi quæ sunt alia, quæ pro eorum opinione facere possunt. Et in primis dubium non est, quòd licet sententia sub conditione ferri non debeat, tamen si feratur sub conditione, tenet: vt in *l.2. in §.biduum,ff.quand.app.sit.* & latè *Anton.Gabriel. lib.2.de commun. conclu.titu. de senten. conclusio.1.* quod in hac conditione, si est probatum, maximè dicendum videtur, quia est de præsenti, quæ non suspendit, vt *l.cùm ad præsens, ff. si cert. pet. & in l.itaque,* & non est extrinseca conditio,sed intrinseca, & de ratione sententiæ, secundùm *Bart.in dict.§.si iudex. & Bal. in l.cùm iudex.C.de senten. & interlocut. omni. iudic. & alios doctor.* Et ideò iudex, qui isto modo pronunciat,non solùm non iniustè pronunciat, verùm maximè curare videtur, ne iniustitia fiat. argu. text. in *l.si qui s locuples,ff. de manumiss. testament.* vbi loquendo de manumissionibus in fraudem creditorum, inquit, quòd si ita detur libertas, Cùm æs alienum solutum erit, Stichus liber esto:] non fit aliqua fraus. Nam qui sub ea conditione seruum suum liberum esse iubet, adeò sine fraudis consilio liberum esse iubet, vt apertissimè curare videatur, ne creditores sui fraudentur.] text. in *l. cùm hæreditas in princi. ff.qui,& à quib.*

6 *Cōditio intrinseca aliquando magis vitiat, quàm alia.*

Sed licet verum sit, conditionem hanc non esse extrinsecam,sed necessariam ad bene iudicandum; tamen hæc ratio non probat opinionem doctorum, imò contrariam, quia quod maximè id necessarium sit, & de ratione sententiæ, tanto magis de eo certus debet esse iudex, nec de ea re dubius, quæ fundamentum est suæ sententiæ, debet iudicare. per text. in *dict.cap.1.de postul.prælator.lib.6.* Nam qui dicit Postulo,vel eligo,prout melius de iure possū. cauere videtur, ne aliquid contra ius agat: quia tamen ex verbis suis colligitur, eum incertum esse,nec sibi constare, quid agere debeat, nihil egisse videtur. Sic videmus,quòd si quis ita testamentum conficiat: Si testamentum mihi facere licet, Titium hæredem instituo: licet maximè cauere videatur, ne cōtra ius faciat in testando, & ea conditio sit de ratione testamenti,& quæ tacitè etiam insit, tamen,quia incertum status sui se esse ostendit, nihil egisse videtur, vt in *leg. de statu suo dubitantes, vel errantes, testamentum facere non possunt. ff. de testamentis, & in l. 1.in princip. ff. de legat.3.* talis est prædicta sententia,vel ea,qua quis sic pronunciet, Si iustè hoc fieri potest, Titium in decem condemno. conditio enim semper tem dubiam,& incertam constituit, vt in *l.1. C.de pactis.* quam incertitudinem, si ea, quæ sunt de ratione sententiæ respiciat, necessarium est sententiam irritare facit text.in *cap.2.de electio.lib.6.*

Cōditio intrinseca est contra rationem sententiæ.

Quinimò etsi in alijs actibus intrinsecæ conditiones admitterentur,in sententijs, quæ ad dubitationes, & concertationes præcidendas sunt inuentæ, omnino non possent adijci: quòd si adijciantur, vim sententiæ corrumpēt, quia sunt contra naturam sententiæ. præterea quod dicunt doctores in proposita specie esse conditionem de præsenti, quæ non suspendat, falsum est: quia conditio, si probatum est, non ita sumenda est, vt facti omnino sit: nam iudicis sententiam expectat, & ita futurum respicit. Primò, quia aliquid esse probatum, vel 7 non,ex arbitrio iudicis dependet, vt in *l.3. versi. tu magis,ff. de testib. & in cap. causam qua. de re iudi.* latè *Decius consil.510.& 647. & 650.* requiritur ergo vt alius index probatum esse declaret, quòd si is non ita stupidus, vt alter sit, non ita verborum erit auarus, quin & adijciat verba quibus eundem condemnet, & ostendat priorem iudicem nihil egisse, vt verè nihil egit. Cùm igitur alia sententia sit expectanda, non est verum eam conditionem non suspendere.

Quid dicatur esse probatum.

Item quia licet probatum esse non penderet à iudicis arbitrio, vt pendet, tamen in iure, ex probationibus non datur iuris executio, sed iudicis pronunciatio expectatur; quia licet liquidissimæ sint probationes, nunquam tamen eam vim habent, vt sententiæ, vel confessioni comparentur. gloss.notabil. in *l.sed etsi possessori. in §.sed cum de hæreditate. in verbo, probatum, ff. de iureiurand.* cui est similis in *l.ictu fustium. glo.1.ff. de his qui not.infam.* Cùm ergo semper sententia super probatione requiratur,non potest dici illa sententia diffinitiua,nec finem negocio imponere, cùm non possit perfectum dici, cùm super est aliquid agendum: vt dicit text. *in l.fin. C.de Senatusconsult. Sillan.* & ita satis est responsum isti argumento.

Non obstat etiam text. cuius argumento 8 doctores supradictam sententiam probant, scilicet in *dict.l.ait prætor. in §. si iudex. esto tit. de re iudicata.* vbi *Vlpian.* ita inquit: Si iudex aliquem sic condemnet, vt quod habet ex testamento, vel codicillis Mæuij restitueret Titio, sic accipiendum est, quasi quantitatem nominauit,quæ testamento,vel codicillis relicta est. Sed etsi fideicommissum sine scriptura pronunciatum est, idem erit probandum.] Ecce text. in quo valet pronunciatio, vt restituat quod ex testamento habuit, quod videtur significare,quod est,vel erit probatum habuisse, & valet sententia: & ita *Bart.* not.illum text.& ex eo colligit prædictam suam opinionem, quòd valeat sententia sub ea conditione, si est probatum:sed huic textui non est difficile respondere.

De interpretatione l.ait prætor §.si index.

spondere. Primò quia illa verba, quod habet,] nullam conditionem vel dubitationem in se continent: nam verba pura sunt, & affirmativa. Ideo multum interest inter istam pronunciationem, & illam, de qua loquuti sumus. Sed ne aliquis scrupulus possit remanere, considerandum est, quòd multa per partes præsupponuntur, quando de re aliqua controuertitur; ad iudicis autem officium pertinet ea dirimere, de quibus partes non conueniunt, exempli gratia: si filius à patre hæres institutus, Titio legatum soluat, postea rupto à fratre testamento, hæreditatem ab intestato possideat, & legata à Titio repetat, Titius vel non ruptum testamentum, vel etiam si ruptum sit, legatum conseruari, vel ex *auth. ex causa*. vel alia ratione prætendat. ideoque non indebitè solutum dicat, controuersia non in hoc versatur, an legatum solutum, vel non solutum sit: quia de hoc nulla est controuersia. si itaque iudex in ea re ita pronunciet, vt Titius quod ex eo testamento habuit, restituat: optimè iudicauit, quasi quantitatem nominauerit, &c. vt dicit text. Quòd si controuersia non de indebita solutione foret, quia legatum defecisse non dubitetur, sed negetur solutum fuisse, adhuc sustineri dicta sententia poterit, quia cùm de solutione dubitetur, & quantitas non sit in controuersia, cùm iudex ita pronunciat, vt quę habuit ex testamento restituat, affirmare videtur, reum ea, quæ sibi testamento relicta sunt, habuisse, per text. *in dict. §. si iudex.*

De intell. l. 1. ff. fam. herc. Ad supradicta facit text. notab. in *l. 1. ff. famil. herciscund.* vbi in familiæ herciscundæ iudicio, quando inter cohæredes agitur, nec ipsi se tales esse inficiantur, iudicis officium versatur in res hæreditarias distribuendo; quòd si alter hæres esse negetur, iudex cognoscet, an is cohæres sit, & ita in priori specie iudex, qui ita pronunciauerit, Titius pro qua parte hæres est, vt Sempronio sumptus quos in f[illegible]re, vel in alenda familia defuncti fecit, refundat, non malè pronunciasse videtur, vt *eod. titu. l. his consequenter. in §. sumptus.* Quòd si dubitaretur, an hæres, & pro qua parte esset, quia fortè hæredem se esse negat, si ita vt dictum est, pronunciasset, vel ita si hæres eum esse probatum est, inepta esset & inualida sententia: quia id, super quo est controuersia, per eam non diffinitur, quinimò ad hoc iudicium deueniri non potuit, nisi illud, quod omisit, tanquam præiudiciale prius terminatetur, vt in *l. fundi. & in l. fundum Titianum, ff. de exceptioni.* Ad prædictam distinct. facit elegans respon. *Africa. in l. cùm fideicommissum, ff. de confess.* arguendo de confessione ad sententiam. textus notan. in *l. si debitor, ff. de petitione hæredita.* text. not. in *l. 1. in §. si dies, ff. vt legato. nomin. caue. & in l. si is à quo. ff. vt in poss. legato.* & vid. textum in *l. si iudex, ff. de his, qui sunt sui, vel alie. iur.* textus elegantissimus in *l. non possumus, ff. si pars hered. petat. & in l. eum qui. in §. similiter. ff. de iureiurando.* facit text. in *l. quinquaginta, ff. de probationibus.* facit text. in *l. cum de indebito. eod. titu.* Minus etiam valet alia doctorum ratio, quòd sententia lata sub conditione, si est probatum, certa sit per relationem ad acta, quia, vt diximus, id, ad quod refertur, incertum est, quousque iudicis sententia terminetur; quod autem id incertum sit, vltra ea, quæ iam dicta sunt, ipsius iudicis, assertio demonstrat manifestè, qui id incertum asserit, cùm sub conditione, quæ incertam rem significat, id posuerit, nec inspicitur an incertum verè fuerit, cùm apud eum, qui certus esse debebat, id incertissimum sit.

Ex supradictis per *dictam l. 1. familiæ herciscunda.* intelliges quid respondendum sit *in q. glo. in l. vnic. C. vti possidet. & in dic. l. ait Prætor, §. si iudex. inf. eod.* quam malè doct. ibi interpretantur, inter quos *Iaf. nu. 25. Ripa nu. 15.* vtrum valeat sententia in interdicto retinendæ ita prolata, Vti possideris, ita possideatis. Nā si de possessione facti non esset quæstio, sed an talis esset, quæ haberet iuris ministerium, vt si possessionem Titij Caius turbet, quòd eam dicat, vi, clàm, vel precariò habitam ab eo, si iudex ita pronuntiet, vt possideat sicuti possidet, optimè pronunciasse videatur, quia terminauit quæstionem, de qua dubitabatur, dum causam possessionis approbat, quàm non esse approbandam altera pars contendebat. quòd si possessio erat in controuersia, quis eorum possideret, quòd vterque neget alterum possidere, iudex, qui ita pronunciat, Vti possidetis ita possideatis, non minùs ineptè pronunciat, quam ille, qui ita iudicauit, Si debes, solue, si non debes ne soluas: nam vterque rem incertam relinquit, ita ac si nihil statuisset. quòd enim Prætor edixit Vti possidetis ita possideatis, eò pertinet, vt iudex cognoscat, & iudicet, an possederit quis, vt Prætoris edicto vti possit. Factum ergo de quo est controuersia declarare debet iudex, ex quo ius sequitur, quod si facto dimisso de iure respondeat, officium suum transgreditur, vt suprà dictum est, & partes adhuc in controuersia dimittit. Attendi ergo debet id, de quo inter partes non conuenit, sed est in controuersia, vt si id iudicis sententia decidatur, quibuscunque verbis vtatur, rectè iudicasse videtur, vt in *l. in summa. in princi. infr. isto tit. de re iudicat.* 9 De sententia inter dicto vti possidetis.

Ex his etiam intelliges non tam peccare iudicem, quia ita condemnat Titium, Si Caius probabit sibi centum deberi, condemno, licet satis ineptus is iudex sit, quàm illum, qui sub ea conditione, Si probatum est, cōdemnat. Quin imò aliquando nō multum malè iudex faciet, si ita pronunciet, Si cognitor sit alicuius causæ, putà inter decoctum aliquem, & creditores etiam inter se, si vt causam totam, quæ plura capita contineat, diffiniat, & certam proferat sententiam, in omnibus aliis capitibus, in vno tamen vel altero, in quo non satis liqueat, 10

cuius

Sentētia si probauerit aliquando non est inepta.

cuius tamen non desint coniecturæ, si subijciat, Titium etiam creditorem in decem pronuncio, si infra decem dies chirographum debitoris ostenderit, vel si probauerit pecuniam illam ad manus talis peruenisse, vel quid simile: licet melius faceret, si ius istius vt pleniùs probaret, præseruaret: Simpliciter autem, & sine causa ita pronuntiare, condemno Titium in decem, si actor probauerit ea sibi deberi, inepta, vana, & nulla pronuntiatio est. quicquid aliqui doctores velint, meliùs in hoc *Bartol. in l. cum iudex. C. de sentent. & interlo. omnium iudicum*, qui tenet non valere, *& alij, quos Rip. refert in dict. l. ait prætor. in §. si iudex. num.* 17.

De interpretatione l. generaliter. C. de reb. credi.

11 Nec huic opinioni obstat text. in *l. generaliter. C. de reb. credi. & iureiurand.* vbi valet sententia in fauorem Titij, sub conditione, si iurauerit sibi deberi, ex quo videbatur idem dicendum sub ea conditione, si probauerit, nam & iuramentum probatio est; quia multum interest, longaque est differentia inter istas species, eò quòd conditio si iurauerit, meri facti est, nec aliquid incertum contiet, quod iudicis arbitrium, vel sententiam post se expectet, & est conditio quæ lege quodammodo approbatur, *ibidem iunct. l. in bonæ fidei. C. eod. titul.* licet meliùs iudex faceret, si iuramentum exigeret ante sententiam, si tamen in ea fiat, sustinebitur. Secùs vero in conditione, si probabit, quia non est meri facti, sed habet admistum iudicis arbitrium, & eius expectat sententiam: ideò pronunciatio eo modo facta inutilis est, cùm causam non diffiniat.

Intell. c. constitutus de in integr. restitutio.

Nec huic opinioni aduersatur, quod in aliquibus epistolis decretalibus reperiatur non dissimilis pronunciandi modus, vt in *cap. in nostra. extrau. de sepultur. & in cap. cum super. extrau. de re iudicat. & in alijs infinitis locis*: quia considerandum est, quòd sententiæ in epistolis decretalibus contentæ, responsa potiùs, & rescripta sunt, quibus summi sanctique Pontifices quid iuris esset significabant, & inferiores iudices instruebant, vt in *cap. constitutus. de in integr. restitut.* Ideo ab illis sumere argumentum non possumus, cùm earum sit alius finis, & alia ratio. sic in C. Iustiniani sæpissimè rescriptum videmus, vt in *l. 1. C. si vnus ex plur. appel.* sub istis verbis, si probaueris, si probatum fuerit, si probare poteris, quod passim licet reperire, vt *l. 2. C. de communi diuidund. & in l. 1. C. de fideicommis. & l. 2. C. de luitio. pignor.* Præterea & si illæ sententiæ forent, nihil commune habet pronunciatio à priuato facta, cum ea, quæ à summo Principe fit, cùm nec legum solemnia seruare teneatur in iudicijs, nec pronunciatione suam exhaurit iurisdictionem. Ille verò inferior iudex postquam iudicauit siue bene, siue malè, functus est officio suo, vt in *l. iudex. isto tit. de re iudi.* Ideo iudex, qui conditionem ponit in sententia, quæ vt purificetur, cognitionem desiderat, in tempus inhabile confert dispositionem suam: in tempus scilicet quo desinit illius causæ esse iudex, quare dispositio nulla & inutilis est, quia idem est fieri in tempore inhabili, vel conferri in tempus inhabile, vt probatur in *l. quod sponsa. C. de donat. ante nupt. & in l. nemo rem suam, ff. de verb. obligat.* text. nota. in *l. Stichus seruus, ff. de manum. testam. & in l. 1. in §. fin. ff. de reb. eorum. glos. l. in illa, ff. de hæred. instit. & glos. cap. Si Papa. glos. final. 40. dist.* tradunt *Ias. & Deci. in rubric. C. qui testam. fac. poss.* latè *Tiraquell. de iur. constit. 3. parte 2. limitat. per tot.* faciunt quæ tradit *Abb. in cap. licet euitanda. 2. column. extrau. de electio.*

Vt autem semel hoc concludamus, illud certum est, iudicem, cui absoluendi, vel condemnandi est concessa potestas, qui prædicto modo, si est probatum, vel fuerit, vel non, condemnat, vel absoluit, in maxima rerum imperitia versari, vt ex *Bartol.* colligitur *in dict. §. si iudex. num. 4.* nisi ea opinio verior est, quæ ex responso *Modestini* colligitur. *in l. pen. ff. de conditio. institu.* Vt hoc prius inspiciendum sit, ne homo qui conditionem talem imposuit, non compos mentis esset.] Erit tamen casus in quo iudex iustissimè sub conditione pronunciet, in *l. 2. C. de rescind. vendi.* & in sententia excommunicationis, per glo. *in cap. biduum. in princip. in gloss. 1. 2. q. 6. Abb. cap. procurationes. in fin. de censi.*

CAP. XIIII.

Vtrùm qui non potest absoluere, vel condemnare, possit condemnandum vel absoluendum pronunciare: & quid de depositione, an idem sit deponere, & deponendum pronunciare.

SVMMARIVM.

1. *Aliud est condemnare vel absoluere, aliud condemnandum vel absoluendum pronunciare, & numero sequenti.*
2. *An qui pronunciat absoluendum, incidat in statutum.*
3. *De intellect. l. Æmilius Largianus, ff. de minoribus.*
4. *De intellect. l. post legatum. in §. an libertas, ff. de his quib. vt indig.*
5. *De intellect. l. 4. C. de accusationibus.*
6. *Quando fiat fraus legi, vel incidat quis in legem.*
7. *Quando incidat quis in pœnam, faciendo actum inutilem.*
8. *Quando qui deponere non potest, possit deponendum iudicare latissimè.*
9. *Duplex est depositio, verbalis, & solemnis.*
10. *Intellectus l. fin. C. si aduersus libertatem.*
11. *Executionis defectus, non impedit iurisdictionem.*

ALiud est condemnare vel absoluere, aliud condemnandum, vel absoluendum pronunciare, secundùm doctor. ideo voluit *Cyn. Bald. & Salicetus in l. 1. C. si aduersus libertatem.* quòd iudex, qui propter statuta non potest 1

in

in vltimo mense sui officij aliquem bannire, vel absoluere à banno, poterit absoluendum, vel banniendum pronunciare. Videamus, num hæc opinio vera sit. Nam huius cognitio ad plures alias quæstiones potest afferre vtilitatem. Et in primis hæc sententia ab ea pendet quæstione, quæ non est parum controuersa, vtrùm valeat sententia iudicis, qui ita iudicauit, pronuncio Titium condemnandum in centum. Si tenemus sententiam ita conceptam inutilem esse, vana est præcedens quæstio, quia si ille, qui absoluendum pronunciauit, nihil egit; quærere, an ita potuerit pronunciare, non obstante statuto, res est inepta. Si verò teneamus, quod idem est condemnare vel absoluere, & pronunciare condemnandum vel absoluendum, prædicta opinio falsa erit: quia si idem est condemnare & condemnandum pronunciare, ergo qui non potest condemnare, nec poterit condemnandum pronunciare, cùm verborum differentia, quæ sint eiusdem effectus, non mutet iuris dispositionem. vt *in l.2.C.commu.de lega.* vt mirandum
Error Bartol. sit Bart. vtramque sententiam probasse. Nam in *l.solent,ff.de offic. Proconsul. & lega.* voluit iudicem, non obstante statuto, posse pronunciare condemnandum vel absoluendum. & quidem cum effectu, quia dicit per successorem sententiam executioni demandandam: quod etiam tenuit *Cyn. & Bald. in dict. l. 1.* & tamen *idem Bart. ibidem* voluit inutiliter ita pronunciari, cùm non condemnet iudex, qui pronunciat condemnandum, quia aliud est condemnare, aliud condemnandum pronunciare. Sed quandoque bonus dormitat Homerus, & opere in longo fas est obrepere somnum.

2 Alij verò, vt *Paul. de Castro*, inquiunt, quòd non incidit in statutum iudex, qui absoluendum iudicauit, quia inutiliter pronunciat, nam aliàs fraus fieret statuto. alij, vt *Bal. in dict. l. solent*, quòd valet dicta pronunciatio, vt interlocutoria. ideò successor potest sequi, vel non, eam sententiam, quod refert *Aretinus in l.1. §. si quis ita, ff. de verb. obliga.* ferè idem voluit *Angel. Aretin. in tract. maleficio, verbo, Caput à spatulis. versi. quæro si statuto. num. 28.* qui inquit, quòd non valebit ea sententia, nisi confirmetur per successorem, nec debebit confirmari, nisi sit iusta. fac. text. licet non allegetur, in *l.quamuis, ff. de rebus eorum.* Examinemus singula prædictorum.

Opin. magis communis. Et in primis receptior est apud doctores opinio secundùm *Decium in cap. Cùm venerabilis nu. 37. in medio versi. prædicta conclusio. extrau. de except.* vt sententia in qua iudex condemnandum, vel absoluendum pronunciat, nulla sit, quia debet condemnare, vel absoluere, non autem condemnandum, vel absoluendum pronunciare. Nam eam tenet *Bart. vbi suprà. Bald. Imol. Roma. & Alexand. post Ioan. Andr.* quem ipse refert *in l.1. in §. si quis ita. 3. colu. num. 17. de verbor. obligat.* Sed opinio contraria est verior, *Opi. gl. est verior.* quam tenuit glos. in *l. non distinguemus. in §. si plures, ff. de arbit. in verbo consenserunt*, quam opinionem sequuntur non pauci doctores, vt refert *Alexan.* quam ibi dicit veriorem *Claudi. de Saysel.* & eam latè probat *Aret. in dict. §. si quis ita.* qui 3
pro ista sententia allegat text. *in leg. Æmilius, ff. de minor.* ibi, Pronunciauit in integrum restituendam.] Et licet ille admittat responsionem *De interpretatione. l. Æmilius, ff. de minori.* eorum, qui dicunt id in Principis sententia procedere, quam & *Roma. & Alexan. ibi & Deci. in dict. cap. cùm venerabilis*, probant, tamen ea solutio nihil valet, quia quoad verborum significationem, parum interest, ea vel à Principe, vel à priuato proferantur: idem enim eorum est significatum.

Neque his obstat quòd in cap. præcedenti constituerimus differentiam inter sententiam latam à principe, & inter eam, quæ ab inferiore profertur: quia in ea quæstione versabatur difficultas circa potestatem iudicandi, in qua inferior Principi numquam potest comparari, cùm à Principe dimanet omnis iurisdictio: hic verò de verborum interpretatione, quæ omnibus hominibus est communis & eadem, agimus: & ita etiam ad hanc opinionem optimè 4
adducitur text. in *l. post legatum. in § An libertas, ff. de his quibus vt indignis.* ibi. Et de libertate Diuus Pius iudicauit, ea esse priuandum.] Item allegatur text. qui optimè probat istam sententiam, in *l. si accusatoribus. C. de accusa.* ibi: Sententiam dixit, qua eum, de quo querimoniam detulisti, liberandum existimauit.] Nec valet responsio recentiorum, quòd illa sint verba Im- 5
peratoris referentis factum iudicis, quia si illa *Contra recentiores.* verba Imperatoris significant, quòd iudex li- 6
berauit, quare prolata à iudice non idem significabunt? Nam & in materia stricta verba non propriè sumuntur, vt actus valeat, vt in *dict. § si quis ita.* vbi optimè notat *Claudi.* & ita verba quibus iudex pronunciat Titium condemnandum in decem, vel absoluendum à petitis, condemnationem vel absolutionem veram continent, & sunt apta satis ad sententiam diffinitiuam, licet malè *Alexan. nu. 17. in l. 1. ff. de iurisdictio. omnium iudi.* velit sententiam prædicto modo prolatam non esse diffinitiuam, sed interlocutoriam, quæ aliam pronunciationem desideret, allegat *Bald. in l. Cùm iudex. C. de sent. & interlocut. omnium iudic. & l. solent de offic. Proconsul. & lega.*

Illud autem nec contrariæ opinionis au- *Notabilis declaratio.*
tores negabunt, quòd si factum ipsum executionis verba iudicis respiciant, nulla dubitatio existit, quin rectè pronunciet, vt si iudicet Titium homicidij reum decapitandum: nõ enim factum ipsum tempus sententiæ comprehendere, nec aliter quàm in futurum id concipi potest, cùm officium executoris, non iudicis qui pronunciat factum, respiciat. Sed ex eo quod executionem respicit, sufficit, quia tanquam necessarium antecedens condemnatio compre-

comprehenditur in sententia, argúm. *l. 2. de iurisdict. omnium iudic. & l. ad legatum & l. ad rem mobilem, ff. de procurator.* nihil enim differt hæc pronunciatio ab illa, quam certum est valete, solue Titio centum. vt *in l. quid tamen. in §. Pomponius. & in l. Celsus, ff. de arbitr.* Et in ista specie loquitur text. in *l. fundus, ff. de rescind. vendit.* si habes in litera Rescindi.] & ita respicit executionem: si verò habes Rescindit,] respicit ius ipsum.

Sed vt redeamus ad quæstionem nostram, si sequimur istam opinionem, quæ verissima est, vt nihil intersit an iudex absoluat vel condemnet, aut condemnandum vel absoluendum pronunciet, certum erit iudicem, qui stante statuto vltimo mense officij sui
6 condemnare, vel absoluere non potest, non posse condemnandum, vel absoluendum, pronunciare, non quia fiat fraus legi, vt aliqui volunt, sed quod in legem expressè incidat. vt in *l. contra legem, & in l. fraus. ff. de legibus.* si verò teneremus contrariam sententiam, vt nulla sit talis pronunciatio, nec in legem incidit, nec fraus legi facta dicetur, cùm inutiliter id factum sit. Ideò nec pœna statuti tenebitur, vt not. *glo. in l. 2. C. de Eunuch.* & notat. in *l. fi. C. de sponsal. & in l. fin. ff. de var. & extraordin. cogni. & in l. si patronus, § patronus. in verbo Fabiana, ff. si quid infra cum patr.* plura congerit *Tiraquell. in tract. de vtroque retract. 1. parte. §. 1. gloss. 2. num. 5. cum sequent.* quando aliunde, quàm ex statuti prohibitione, pronunciatio est nulla secundùm istam opinionem, secundùm tamen priorem, incideret in pœnam; quia ex sola prohibitione, & non ex modo pronunciandi, est sententia nulla, & ita intelliges, quando faciendo quis inutiliter actum prohibitum, incidit in pœnam.

7 Nam si est duplex defectus, non incidit in pœnam, vt in *dict. l. 2.* nisi lex solum factum respiciat, vt *l. quid ergo. in §. cum autem, ff. de his qui not. infa.* & videtur elegans *Africa.* responsum in *l. si quis legatum in princi. ad l. Cornel. de fals.* ex quo eleganter colligitur, quòd si ex defectu formæ sit actus nullus, non incidit quis in pœnam, si verò ex ipsa prohibitione, vel aliàs, actus sit nullus, non effugit pœnam, alioquin vana esset adiectio pœnæ, sed verius est idem esse condemnare vel absoluere, & condemnandum vel absoluendum pronunciare, ideò eadem erit potestas in vtroque, & eadem virtus & effectus.

Sed omnibus supradictis obstare videtur, quia aliud est iudicem aliquem deponere, aliud deponendum condemnare: item iudex, qui deponere non potest, deponendum po-
8 test condemnare. Nam & Archiepiscopus, & legatus, & synodus qui Episcopum non possunt deponere, possunt deponendum pronunciare. *gloss. cap. Biduum, §. fi. in verbo audotauerit. 2. quæst. 6. & gloss. penult. in cap. frater 16. q. 1.* cum quibus transit *Archidia. & Ioann. And. in c. 1. de offic. lega.* secundùm *Felin. in cap. non potest. 1. column. de re iudic. & Abb. cap. 2. num. 3. de offic. legat.* vbi dicitur, quòd licet non possit deponere, potest pronunciare deponendum, & remittere ad Papam.

De depo- [illegible]

Rursus Episcopus nondum consecratus potest pronunciare clericum deponendum, sed non potest deponere, vt *cap. transmissam, per doctores, de electio. Dominic. cap. 2. column. 1. de pœn. libr. 6.* vt eos refert *Felin. in dict. cap. non potest. de re iudicata.* quæ omnia maximam perplexitatem habere videntur, sed in priore specie, de Episcopi condemnatione, falsum est id, quod voluerunt glossæ, quia nullus potest nec deponere, nec deponendum pronunciare Episcopum, sine Romani Pontificis voluntate, quia non solùm depositio, & pronunciatio, sed & omnis cognitio criminis Episcoporum, quæ depositionem mereatur, est inferioribus prohibita, vt *capit. accusatus, cum sequent. 3. quæst. 6.* & ita optimè prædictas gloss. reprobat post *Anton. Ioan. de Imol. in cap. 1. numer. 19. extrau. de iudic. & Abbas* eam pronunciationem denegat synodo *in dict. cap. non potest.* quicquid malè, *ibi Feli.* & ita *Abb. in c. 1. de offic. lega. num. 5.* licet Archiepiscopis det cognitionem, tamen si veniat imponenda pœna depositionis, vult quod debeat ad Papam remittere, vt iudicetur: vt *cap. quamuis. 3. quæst. 6.* & ita prima difficultas, quæ respiciebat depositionem Episcopi, diluitur ex supradictis, quia non est verum posse pronunciare deponendum Episcopum, eum, qui per sententiam deponere non potest.

Quia est de causis maioribus cap. quis se scit. 2. q. 6. vbi Cardi. quē vid. in cap. primatus. 2. q. 1.

Contra Felinum.

Circa secundam verò difficultatem, quòd 9
Episcopus nondum consecratus possit iudicare clericum deponendum, quem tamen deponere non potest, considerandum est depositionem duplicem esse. altera enim est depositio simplex, altera verò solemnis, quæ propriè degradatio dicitur; illa cùm iurisdictionis sit, potest ab Episcopo non consecrato fieri; hæc verò, cùm sit ordinis, solùm potest fieri post consecrationem: & quòd illa quæ est simplex, respiciat dignitates & honores, hæc verò solemnis respiciat ordines, vt ponit *Speculat. titu. de accusatione, §. 2. numero 5. versic.* vel dici potest, vbi inquit, vel dici potest, „ quòd propriè deponi dicitur quis à dignitatibus, & honoribus: degradari verò ab „ ordinibus. Et ita id quod dicitur Episcopum nondum consecratum clericos deponere non posse, intelligi debet de illa depositione solemni, vt post *Compostellan.* declarat *Cardin. Zabarel. in cap. transmissam. quæst. 7. de electio.* quæ degradatio solemnis, non ab vno Episcopo solo, sed à pluribus fieri debet: nam Episcopi, fit à duodecim Episcopis, presbyteri à sex, diaconi à tribus. vt *cap. si quis tumidus, & c. Fœlix. 15. quæst. 7. & Speculator vbi suprà,* qui inquit, Verumtamen interest, quia in „ solemni depositione plures Episcopi sunt ne„ cessarij,

Depositio est duplicis generis.

De degradatione. Vid. c. Episcopus. vbi Turrecre. 11. q. 3.

cessarij, ibi vide per eum, & *in* §. 4. *numer.* 3. *Dominic. in cap.* 2. *de pœni. lib.* 6. nisi in crimine hæresis, in quo, quia propter eius frequentiam esset difficilis semper congregatio Episcoporum, est admissum, vt vnus Episcopus conuocatis Abbatibus, vel alijs prælatis religiosis, degradationem facere possit. vt *cap.*1.*de heretti.libro* 6.

Verum est quod post *Ioann. Andr. Abb. in dict. c. non potest, de re iudic. & Dominic. in dict. cap.* 2. *de pœnis libr.* 6. volunt in ipsa actuali degradatione, seu executione non requiri numerum Episcoporum; sed solum in illa verbali, vel iudiciali, quæ fit per sententiam, & præcedit executionem, ex eo quia text. in *dict. cap.* 1. *de pœn. lib.* 6. qui meminit de numero Episcoporum in verbali degradatione, non reperat id postea in actuali, tamen id difficultatem habere videtur, quia *text. in cap.* 1. *in fin. de hæreticis. lib.* 6. executionem videtur respicere. Sed potest intelligi text. ille de verbali degradatione, vt non recedamus à doctorum sententia, & de materia degradationis latissimè post *Speculat. in dict. tit. de accusatione. in* §. 2. *numer.* 3. *cum sequent. per Bertachi. de Firm. in tractat. de Episcop. in* 8. *part. quarti libri, per totum, vsque ad finem.* & ita distingui debet prædicta difficultas, in qua dicimus, non esse verum, quòd Episcopus nondum consecratus possit deponendum clericum pronunciare, non autem deponere, quia, si intelligimus de ista solemni depositione, falsum est, quòd possit deponere, vel deponendum pronunciare, licet enim id voluerit *Hostiensis in dict. capit. transmissam.* & videtur *Ioann. Andr.* id sequi cum temperamento, vt ea sententia confirmetur ad eius preces per vicinos Episcopos. & *Cardin.* sequi videatur Hostiens. tamen verior est opinio *Anton. Imol. & Abba. circa finem,* qui tenent quòd nondum consecratus Episcopus non possit deponere, nec deponendum pronunciare, nec de causa cognoscere, ex qua depositio ab ordine fieri debeat: quia, qui conferre ordines non potest, nec adimere potest; quod maiorem potestatem requirit, vt *Abbas* probat: nam ad id vnus Episcopus non sufficit; si verò de non solemni loquamur, quæ non respicit ordines, eam facere potest electus nondum consecratus, ideò non aduersatur opinioni nostræ, nec efficit, vt qui non possit condemnare, possit condemnandum pronunciare. Quod est notandum, quia recentiores hæc non satis explicant, vt potest videri apud *Barb. cap.* 1. *num.*30. *de offic. lega. Felin. cap. non potest.*1.*&* 2. *col. de re iudic. Hipp. in dict. singul.*200.

Contra Hostien. & Io. Andr.

Hæc autem omnia, quæ circa clericorum degradationem per canones antiquos ordinata erant, hodie per concilium Tridentinum sunt immutata, vt in *cap.* 4. *de reformatio. Sessio.* 13. ne Episcopi à suis ecclesijs auocentur, quia tanti fecit residentiam Episcoporum, vt antiquam solemnitatem degradationis ob hoc omittere decreuerit, in quo notandum est, quod maiorem solemnitatem requirit Concilium Tridentinum in degradatione actuali, quàm in solemni verbali, cùm decreta antiqua è contrario disponerent secundùm doctores, vt suprà diximus, ex eo quod actualis executio grauior visa sit.

Supra dictis etiam non obstat, quòd qui non potest in insulam deportare, vt est præses, possit deportandum pronuntiare, vt dicit gloss. *in dict. cap. biduum.* 2. *quæst.* 6. *in fin.* est enim id falsum: nam præses potest relegare: vt probatur *in l. relegatorum, ff. de interdict. & relega. in* §. *in insulam,* vbi ita inquit Vlpian. In insulam relegare præsides prouinciarum possunt, sic tamen, vt siquidem insulam sub se habeant, idest, ad eius prouinciæ formam pertinentem, quam administrant, etiam specialiter insulam assignare possunt, inque eam relegate: si verò non habeant, pronuncient quidem in insulam se relegare, scribant autem Imperatori, vt ipse insulam assignet.] Facit text. in *l.* 1. *in* §. *relegandi, ff. de offi. præfect. vrb. cum concord. ibi allegat. in glos.* sic & in libertate iudex aliquando pronunciat quem liberum, quia vel est ingenuus, vel à lege, vel ab homine 10 manumissus: aliquando manumittendum, quia ex testamento, vel contractu, à domino est manumittendus. *l. fina. C. si aduers. libert.* vt priori specie sententia ipsa secum executionem trahat, altero verò eius executio à domino fieri debeat. Necest nouum vt qui po- 11 test iudicare, non possit sententiam suam executioni demandare, vt in delegato videmus, & in eo, qui legitimè in suo iudicauit, si in alterius territorio sit facienda executio, vt latè doctores in *l. à Diuo Pio. in* §. *sententiam Romæ dictam. inf. isto tit. de re iudicat.* ex his, ii rectè conijcio, tolluntur omnes difficultates, quæ ad quæstionem propositam pertinent, omissis alijs, quæ rectè à doctoribus nostris in dictis locis explicantur.

Contra glossam.

Sed vi. tex. in l. 1. *in* §. *ij quibus, ff. de lega.* 3. *versic. deportatos vbi gl. vbi omnes.*

CAP. XV.

De nobilitate, & iuris Italici interpretatione.

SVMMARIVM.

1. *Quid ius Italicum significet.*
2. *Infamia nobilitati est contraria.*
3. *Simpliciter & propriè quis nobilis dicatur.*
4. *Verùm appellatione iuris veniat ius municipale.*
5. *Nobilitas paterna potiùs attenditur, quàm materna.*
6. *De vera nobilitate, in qua consistit hominis officium.*

DE nobilitate plura sunt à doctoribus scripta, quæ Titaquel. magna cum diligentia in suo celebri de nobilitate tractatu congessit, tamen quia intentio nostra in his libris est, vt ea solùm scribamus, quæ per alios non sunt explicata satis, nisi ea necessaria fuerint

Platin. de vera nobilitate.

fuerint ad opiniones nostras confirmandas, ideò quæstionibus ab alijs rectè tractatis omissis, nonnulla eiusmodi breuissimè attingemus, quæ ad nobilitatis quoddam priuilegium maximè pertinent. Nam in Hispania nobiles à tributis sunt immunes, & ij qui eo priuilegio vtuntur, *Hidalgos* vulgò appellant, cuius verbi vis, & Etymologia paucissimis est nota. Nam *lex nostra Hispa. 2. in tit. 21. part. 2.* licet Etymologiam quandam huius verbi ponat, quæ respicit effectum rei, non tamen omnino veram huius nominis originem explicat. Et licet *D. Arze de Otalora*, olim Auditor in regio Vallisoleti Auditorio, dignissimus collega noster, de hac re scripserit, hæc tamen omisit.

1 *Etymologia Hispani nominis Hidalgo.*

Vera igitur huius verbi Hidalgo etymologia est, vt Hidalgo quasi Italicus dicatur, litera latini nominis t. in d. & c. in g. linguę nostrę perpetua ferè obseruãtia, in ijs quę ex latino sermone verbis & nominibus vsurpat, cõmutata: vt de I. mutatione videmus in Senatus, legatus, armatus, & his similibus: de secũda verò, in dico, ficus, canonicus, clericus, amicus, mendicus, vmbilicus, & multis alijs. Italicus autẽ ideò dicitur, quia cũ tributa antiquitus prouinciæ Romanis penderent, illis vrbibus quas Senatus, vel Imperatores, ob gratiam volebant esse immunes, ius Italicum concedebant; idq́ue Vlpianus his verbis significat, dum colonias, & vrbes enumerat, quæ à tributis erant immunes, *in l. 1. ff. de censibus.* dum inquit: Sciendum est esse quasdam colonias iuris Italici.] Et ibi loquẽdo de Phœnice Tyriorum colonia: Ob egregiam in rempublicam imperiumq́ue Romanum insignem fidem, ius Italicum dedit.] Et rursus de Augustana colonia. Quæ ius Italicũ habet.] & de Heliopolitana, Italicæ coloniæ rempublicam accipit. Et de Laodicena, cui Diuus Seuerus ius Italicum, ob belli ciuilis merita concessit.] Et de Emissena, Imperator noster ius coloniæ dedit, iurisq́ue Italici eam fecit.] & infr. ibi, Neutra ius Italicum habet,] & infrà de Zernensium colonia inquit, Iuris Italici est.] Et eodem verbo in eadem significatione vtitur *Celsus, in l. colonia. eodem titul. & Caius in l. iuris Italici, eodem titu. & Paulus nomes in l. fi. eod. titu.* ex cuius verbis constat aliquando simpliciter ius Italicum, aliquando verò cum limitatione concedi solere; aliquando etiam cum iure Italico ius etiam vrbis Romæ veteris concedebatur, vt in *l. Honory, & Theodos. C. de priuil. vrb. Constantinopolitanæ.* vbi inquiunt, Vrbs Cõstãtinopolitana nõ solùm iuris Italici, sed etiam ipsius Romæ veteris, prærogatiua lætetur.] Ius autem Italicum vniuersæ Hispaniæ concessum à Vespasiano Cæsare, ex Caio Plinio docet *R. Episcopus Ilerden. lib. 3. emendat. cap. 9.* Et multa de iure Italico ponit *Sigonius de antiquitate Italicorum lib. 1. c. 1. & 2.* & hanc etymologiam reperio in glossa in *dict. l. 3. tit. 21. p. 2.* Sed eam antea multis annis legendo Salmanticæ explicaui.

Effectus huius nobilitatis.

Huius ergo nobilitatis nomine exposito, qualis sit hæc nobilitas videamus. Et in primis sciendum est hanc nobilitatem, quæ in iure Italico consistit, in Hispania talem esse, vt sine ea verè nobilis nullus habeatur, ea tamen sola plenam nobilitatem non confert. Nam neque omnes qui ius Italicum habebant, neque ipsi ciues Romani omnes nobiles erant, sed ij tantùm qui suorum imagines maiorum haberent, quod non omnibus concessum erat. *Sigo. de antiq. iur. ciui. Rom. lib. 1. c. 20.* Hoc probatur expresè in *l. 3. tit. 21. part. 2.* ibi, Por fijo dalgo se puede contar, mas no por noble.] Est enim ius Italicũ non simpliciter nobilitas, sed iure certo & constituto, quæ ad tributa maximè pertinet, & iure certo circũscribitur, quod vel ex eo apparet, quia cùm nobilitati simpliciter & absolutè sumptæ nihil sit magis contrarium, quàm 2 infamia, ob quam nobilitatis amittuntur priuilegia, & etiã nobilitas amittitur, si quis vilioribus artificijs se mancipet, vt prob. *leg. nobiliores, C. de commerc. & mercato. & in l. nequis. C. de dignit. lib. 12.* cũ iis quę latissimè cumulat *Tiraq. de nobil. c. 24. & c. 27.* hæc tamen nobilitas quæ à tributis liberat, etiamsi quis infamis, vel vilis efficiatur, non amittitur, licèt ea infamia iuris & facti sit.

3 *De statutis loquentibus de nobilitate.*

Ex his ergo apparet quòd hæc nobilitas sola nõ plena est nobilitas, quo fit, vt si lex vel statutum in aliqua specie nobilitatẽ requirat, nõ hęc sufficiet sola, si non cõcurrat cum ea nobilitate, quæ simpliciter, & iure communi nobilitas habetur. Item etiam cùm hęc nobilitas ad tributa maximè deseruiat, clarũ est, quòd aduenæ nobiles, si eis à Principe non cõcedatur, hac nobilitate non gaudebũt: nam etiam si maximè nobilis quis foret, nõ vtebatur Italico iure, nisi id à Principe concederetur, vt dictis legibus: non enim si Plato, vel Aristides, vel Alcibiades in aliena ciuitate incolatum constituisset, ius illius ciuitatis, nisi specialiter cõcederetur obtineret: æquum tamen est, vt ijs hominibus, qui iure communi nobiles sint, si vt habitent in nostris prouincijs venerint, hæc iura à Principe concedantur, ne vera nobilitas, & quæ iure communi nititur, hac denegata videatur lædi & imminui, cùm, vt suprà diximus, apud nos non possit quis nobilis dici, nisi & hac nobilitatis parte doretur. Cùm ad nobilitatem existimandam non solùm considerandum est quid iure communi statuatur, sed quid statutis ac patriæ consuetudine sit obseruatum, vt optimè docet *Tiraquel. in dict. tract. de nobilitate c. 10 nu. 12. & Iacob. Menoch. in tract. de arbitrar. iudic. lib. 2. centur. 1. casu 67.* imò priùs semper respiciendũ est quid patriæ statutis & consuetudine sit dispositum, cùm id imprimis obseruandum sit: adeò quòd mirandum est in re tam clara recentiores maximè angi, an appellatione iuris veniat ius municipale, vt latè *Gomez. in princip. 17. col. n. 43.* 4 *de actionib. & Palac. Rub. in introduct. rubric. de donat. inter vir. & vxor. col. 2.* & manifestè errare *Deci. cons. 685. per text. in §. quoties, institut. de iure natural.* cùm certum sit appellationem iuris intelligi

telligi debere de iure, quod est seruandũ, cùm lex correcta non sit lex, nec possit allegari, vt *l. vnic. de iusti. C. confirmau. & l. vnic. in princi*. vbi *glos. in verbo imaginem. C. de latin. libert*. & ad hoc est oprimus tex. in *l. 3. §. 1. ff. de constit. pecun. & in l. si fundus. ff. de euictio. & in princip. Instit. de offic. iudic*. vbi optimè declarat glossa. Etira hoc melius intellexit *Hippoly*. loquendo de pœnis, *in sua practica, in §. quaritur in princ. & Nicola. Boeri*. loquendo de compromissis factis, vt arbiter de iure debeat iudicare, vt teneatur in primis consuetudines & statura obseruare, *decisio. 284. num.* 6. quicquid malè *Dec. vbi supra. ad. §. quoties. de iure natural*. non difficilis est responsio, cùm in ea parte intelligatur in qua non reperitur correctum, quomodo enim ius nostrum dici poterit, quod nobis legitimè ablatum est? Et ita in his, quæ consuetudine, vel specialibus prouinciarum legibus immutata non suot, ad ius commune erit recurreodum, cùm casus omissus remaneat in iuris communis dispositione, vt *l. commodissimè, ff. de lib. & posthu. & l. si vero. in §. de viro. ff. soluto matrim*.

Vide text. in c. ad nostrã, 3. de iureiu. Vide Abb. in rubr. de cõsuetudine, Crot. in l. omnes populi, 2. col.

Facit quod Bart. in l. haredes mei § cùm ita, ff. ad Treb.

5 Hæc autem nobilitas tam consuetudine, quàm regnotum Hispaniæ legibus expressis, in paretna linea rantùm attenditur, vt aliquis Hidalgo, vt vocant, dicatur, vel non, vt etiam iure communi obseruatur, vt probatur in *l. exemplo. C. de decurio. lib. 10. & glos. ibidem alleg.* plures concordant. & prosequitur latissimè *Tiraquel. in dicto tractatu de nobilita. c. 18. per totum.* præcipuè *nu. 20. post Dec. in l. 2. nu. 73. cum sequen. ff. de regul. iur*. Negari ramen non potest, quin nobilitas materna maximũ afferat natalibus splendotem, iuxta illud Ouidij,

Plat. in Alcibiad. seu de natur. hom.

Hinc fuit Euander, qui quanquam clarus vtroque,
Nobilior sacra sanguine matris erat.

Et *Virgilius 12. Aeneid.*

Genus huic materna superbum
Nobilitas dabat, incertum de patre ferebat.

cum multis quæ refert *Tiraquel. in dicto cap. 18.* quod in Ænea, Achille & alijs heroibus Poëtarum figmenta saris ostendunt, non sine suorum numinum turpitudine, vt quales fuerint homines, qui tales Deas coluerunt, non sit difficilè indicare, qui io hoe maximè profecerunt vt ciuitatum suarum corrumperent iuoentutem. Ideoque iustissimè à sua tepublica exulare eos Plato iubet, vt alibi latiùs ostendemus. Sed de hac nobilitate quæ ex iùte Italico est deducta dicta sufficiant. Propriè autem nobiles, quos vulgo *Caualleros* in Hispania appellamus, hi sunt, quorum familiæ illustri, aut superillustri dignitate sunt decoratæ, vel saltem looga, & antiqua successione inter primarios suæ ciuitaris habiti sunt, & reputati. hoc aurem nomen apud nos latissimè patet: nam & principibus, & regibus hoc nomeo adaptatur, vt in chronicis nostris sæpissimè reperitur.

Qui propriè in Hispania dicantur nobiles.

Certum aurem est eum, qui virtute, pietate, & moribus fuerit insignis, verissimam nobilitatem obtinere, eamque omnibus alijs esse potiorem, quæ dignitatibus, armis aut literis comparantur. Cùm vt verissimè *Seuerus Sulpitius* loquit., Hominis officium sit perennem potiùs vitam quàm perennem memoriam quærere, non scribendo, aut pugnando, vel philosophando, sed piè, sanctè, religioseque viuendo] Et vt ait *Apostol. ad Titum cap 2.* Vt sobriè, & iustè, & piè viuamus in hoc seculo, expectantes bearam spem, & aduentum gloriæ magni Dei, & Saluatoris nostri Iesu Christi.] Eam itaque nobilitatem quæ virtute constat, solam & veram esse *Diuus Gregorius Nazianze.* multis versibus ostendit, quos vertit *Tiraquel.* vbi plura alia congerit in *dicto tract. de nobilita. in cap. 4. per totum.* Vbi etiam refert versus Eoripidis apud *Stobaeum, ser. 84. ita versos.*

De vera nobilitate.

Bonus enim vir mihi nobilis videtur:
Qui verò non iustus est, licet à patre meliore
Quàm Iuppiter sit, genus deducat, ignobilis mihi censetur.

Et illud Diogenis, qui interrogatus, qui omnium essent nobilissimi, respondit, Contemptores opũ, gloriæ, voluptatis, & vitæ. Et illud Dioi Chrysostomi, qui dicebar Splendidum, & nobilem non maiorum nobilitas, sed animi virrus efficere solet. Et *idem in homil. 3. super Matthaeum* dicit ideò dominum nostrum Iesum Christum voluisse ex peccatoribus descẽdere, vt fastum reprimeret Iudæorum, qui de maiorum virtutibus nimiùm insolentet gloriabantut, & alia quæ suprà tetulimus cap. 5. in fine, Sed de his satis, cùm de nobilitate ciuili duobus libris, de Christiana verò tribus *Hieronymus Osorius Lusitanus*, nunc dignissimus Silnen. Episcopus, totidemque de gloria elegantissimè disseruerit.

SELECTARVM INTERPRETATIONVM

LIBER SECVNDVS.

SERIES CAPITVM LIBRI SECVNDI.

CAPVT I.

De intellectu l. Seruo manumisso, ff. de condict. indebit. & quando impossibilis conditio vitiet dispositionem.

SVMMARIVM

1. *Impossibilium rerum duæ sunt species, nam vel simpliciter sunt impossibiles, vel per suppositionem.*
2. *Quando lex impossibile fingat.*
3. *Videndum est, num qui conditionem impossibilem primæ speciei in testamento adiecerit, demens fuerit.*
4. *De Iaboleno prisco Iurisconsulto.*
5. *Conditio habetur pro causa.*
6. *In conditionibus non requiritur aliqua vtilitas.*
7. *Conditio, Si Capitolium ascenderit, nullum habet iuris intellectum, contra Duarenum.*
8. *Conditiones impossibiles secundæ speciei, quædam non aduersantur disponentis voluntati, quædam verò aduersantur.*
9. *De qua conditione text. hic loquatur.*
10. *Implementum præcedens sufficit, si iam factum ignoret testator, & iterum fieri non possit.*
11. *An conditioni, vel iuramento de dando, per compensationem satisfiat.*
12. *Conditionum quædam natura ipsa praeordinantur ad dispositionem.*

13. *Quæ conditiones inducant formam.*
14. *Reprobatur intellectus communis ad istam legem: & de intellectu l. cùm tale, in §. falsam, ibidem.*
15. *De intellect. l. ab omnibus, in §. in testamento, ff. de legat. 1. latissimè.*
16. *Intellect. l. libertate serue. ff. de statu liber.*
17. *An ex statuto, quòd stantibus masculis feminæ non succedant, censeantur vocatè masculi.*
18. *Conditio hac, si ad libertatem &c. est necessaria secundùm mentem testatoris.*
19. *De intellect. l. qui Romæ, in §. Flauius Hermes. ff. de verbor. oblig.*
20. *De intellect. l. fi. C. de donat. quæ sub mod.*
21. *De intellect. l. 4. ff. de manu. test. & infrà num. 22.*
22. *Iterum de intellectu dict. §. Flauius 1. intellect. vltra doctores: & de manumissione per vindictam latè.*
23. *Secundus intellectus ad dictum §. Flauius Hermes.*
24. *Tertius intellectus ad dictum §. Flauius Hermes.*
25. *Quartus intellectus ad dictum §. Flauius Hermes.*
26. *Rursus de intellect. l. 4. ff. de manu testam.*
27. *Intellectus verus istius legis. Seruo manumisso.*
28. *Quomodo in hac lege detur conditio indebiti.*
29. *Reprobatur intellect. Emanuelis de Acosta.*

PAPINIANI subtile responsum in *l. seruo manumisso. ff. de condict. indebit*. quod doctotes nostri non satis intellexerunt, interpretari nunc libet. Seruo mannmisso (inquit *Papinianus*) fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento peruenerit, is post acceptam sine iudice pecuniam ingenuus pronunciatus est, indebiti fideicommissi repetitio erit.] Huius responsi species ex mente omnium scribentium ita fingi potest: testator hominem Stichum quem pro seruo possidebat in testamento directo, vel per fideicommissum, liberum esse iussit, eidemque si ad libertatem ex testamento peruenerit, hæres decem dare iussus est, is & libertatem, & pecuniam accepit, cùm priùs seruus haberetur, posteà verò ingenuum esse compertum est, pecuniæ repetitio competit, quia conditionem defecisse, certi sumus, cùm liber ex testamento non fuerit. Libero enim homini libertas relinqui non potuit, ideò conditio impossibilis fuit, cùm manumissione illa, quæ vana fuit, libertas sibi competere non potuerit. Quia, Cùm ingennus aliquis natus sit, non officit ei in seruitute fuisse, & postea manumissum esse. Sæpissimè enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.] inquit textus *in §. final. Institu. de ingenuis*, & ita textus in *l. 2. C. de vend. liber.* inquit: Nihil ciuitati Romanæ semel præstitæ, vel addere, vel detrahere secundam manumissionem potuisse, certissimum est.] Fuit enim, vt in prouerbio dicitur, rem actam agere, de quo latiùs diximus in libello De reddit. Eccles. 3. parte in cap. 2. num. 2. cum seqnent. Vana igitur fuit illa manumissio, nec conditionem Si ad libertatem ex testamento peruenerit] impleri fecit. Seruo igitur opinione, libero autem verè & ingenno, facto quidem manumisso, sed iure repugnante, legatum ita relictum, quia defectus fuit conditione, indebitè solutum est, ideò iure competit eius repetitio, & licet necessitate legis, & natura ipsa potiùs, quàm culpa sua conditione defecerit, & conditio impossibilis vitiare legata non soleat, tamen quia testator ignarus eius rei fuit, vitiatur dispositio: & ita doctores commun. post glossam hic volunt conditionem re ipsa impossibilem, quam tamen testator possibilem esse existimabat, vitiare dispositionem per nostrum textum, quem ita intelligentes dicunt esse singularem, tam hic qnàm in *l. 1. infrà, de condition. institu. vbi Bartol. 2. colum. Ioan. de Imol. colum. penult. Bart. & alij in l. ab omnibus. in §. 1. infrà de legat.* 1. est communis sensus, & opinio doctorum, secundùm *Bartolomaeum Socin. in l. Demonstratio falsa. in princ. col. 1. infrà de condit. & demonstr. Deci. in l. reprehendenda, C. de instit. & substit.* Videamus qualis hæc communis opinio, & qualis sit huius text. intellectus. Nam Papinianus hic nihil minùs cogitauit quàm quod doctores existimant: non quòd testator hîc esse seruum suum legatarium non existimauerit, existimauit enim, cùm ei libertatem reliquerit. nam cùm ex dispositione alicuius infertur necessariò aliquid veritati contrarium, ex hoc manifestissimus error deprehenditur. text. notabilis, vbi sensit hoc *Bald. in l. si post diuisionem. C. de iur. & fact. ignorant.* & melius probatur *in l. non idcirco. C. eodem tit.* facit quòd notat glossa in *l. cùm de indebito. in verbo, ignorantia, infrà de probat.* quod notat *Bartol. colum. 4. in l. non fatetur infr. de confessis*, & facit *regula vulgaris. l. verius. infra de proba.* quòd ignorantia præsumatur, notat glossa in *l. maiorem. C. de fals. & in l. 2. C. de petition. hæredi. per Bartol. l. is potest colum. 4. ff. de acqui. hæredita. & l. vnica. C. de satisdandis. & in l. qui cum tutoribus. in §. final. supr. de transaction.* videtur ergo, quòd ignorauit testator eum liberum esse, & ita defecit conditio, quia erat impossibilis, quam tamen errans testator possibilem cogitabat, secundùm docto. sed verius est, quòd hic non defecerit conditio, vt infrà ostendemus.

Interpretatio communis huius legis.

Qualis igitur fuerit hæc conditio videamus an impossibilis fuerit, an impleta, vel defecta sit existimanda, quòd, operæprecium erit intelligere. Et in primis, vt res clariùs appareat, impossibilium rerum duplicem esse differentiam dicimus, vel quòd simpliciter sit impossibile, vel quòd per suppositionem, vel vt Bart. loquitur, est aliquid impossibile in genere, & impossibile in specie, vel quod se habeat ad impossibile semper, & ad semper, vel quòd non semper sit impossibile, sed aliquando. Primæ speciei sit exemplum. Digito cœlum tangere, hoc enim semper impossibile est per naturam, item filium esse maiorem suo patre.

Duplex species impossibilium.

Primæ speciei exemplum.

Seeun-

Secūdæ speciei exemplum.

Secundæ verò speciei, impossibile est, vt Titius, qui ab hostibus captus est, & reuersus, captus non fuerit, item vt ante captiuitatem quis mortuus sit, etiam est impossibile, de quibus in postliminio, & *l. Cornelia* cauetur, & vt

2 qui in vtero sit, natus censeatur, & similia. Et ita interpretari debet quod gloss. voluit in *l. 3. infrà pro socio*, vt lex fingere non possit impossibile scilicet primæ speciei. Nam si ad impossibile

De fictione legis.

secundæ speciei spectes, semper vbi lex fingit, impossibile est id quod fingit, vt exemplis suprà citatis: & ita optimè inquit *Bart.* legem non posse fingere super impossibile de natura in genere, sed bene super impossibile in specie. ita *Bart. in l. eandem, in 2. col. infrà de duobus reis, & in authent. Hoc ita. 3. col. in princ. eod. tit. C. idem Bart. in l. si is qui pro emptore, col. 10. num. 27. infrà, de vsucapio. & in l. Sub conditione, col. 1. infrà de solution. recent. in l. Gallus, in § si eius, de lib. & posth. Alciat. de præsumpt prim. part.* facit text. in *l. si Pater. cum l. sequent. suprà de adopt. & § minorem, eod. titul.* de quo vide *Abb. in c. debitum, n. 3. de baptis.* text. in *l. qui in vtero suprà de statu homin. & l. is cui ita, infrà quando dies legat. ced. & per totam tit. ff. de captiu. & postli. reuers.* text. notandus qui ponit istam distinctionem, in *l. confessionibus, ff. de interrog. action.*

In huius primæ speciei impossibilium conditionibus, nulla potest ferè cadere controuersia circa interpretationem nostri tex. in quo de impossibili conditione agimus, quam possibilem testator potuit existimare, quæ existimatio in re ita impossibili non potest contingere.

Rarò adduuntur impossibile primæ speciei.

Item etiam extra huius text. materiam, harum impossibilium conditionum tractatio superflua omnino erit, quia licet & leges rarò, cùm forsan solùm id reperiatur apud *Pomponium, in l. Cùm in secundo, ff. de iniust. rupt.* & doctores passim exempli gratia earum mentionem faciant: tamen vix id contingere poterit, vt in dispositione testamentaria adiiciantur: quòd si aliquando id fiat, omnino reiicientur, vt in ll. vulgatis. Sed & in primis quærendú erit, Num

3 totum testaméntum reiiciendum sit, quòd non sanæ mentis fuerit, qui in re tam seria hæc insana miscuerit, vt aliàs inquit *Modestin. in l. pen. inf. de condit. institut.* ibi: Sed hoc priùs inspiciendum est, vt homo, qui conditionem talem imposuit, non compos mentis esset.] Facit textus in *l. apud Iulian. § constat. de legat. 1.* ibi: Furiosi est talia legata testamento ascribere.] Ex verbis enim deridendis deméntia arguitur, vt in *l. ob quæ vitia, ff. de ædil. edict.* nec minus hoc quærendum erit, quod ille, qui conditionem impossibilem adiecit, ordinatè in reliquis disposuerit, facta enim à demente, vel furioso, magis casu, quàm à persona facta videntur. vt *Pomponius* dicit in *l. fin. in fin. de administr. tutor.* vt mirandum sit non defuisse qui responderent sustinendum quoddam testamentum furiosi, quòd ordinatè conditum fuisset, vt refert *Alex. in l. furiosum, C. qui testament. facer. poss.* hac enim ratione somnia ordinata dormientis rata deberent

Signum dementis est, apponere impossibilem cōditionem.

esse. Denique ne in hac re adeò leui immoremur, hæc, scilicet adiicere tales conditiones, vel ordinatè, vel inordinatè testari, ad præsumptionem proderunt, non autem certum ius poterunt mutare, vt *l. continuus actus, in § cùm ita stipulatus. ff. de verb. oblig.* & vide *Xuar. in allegat. 1. col. 2. post dd. in l. Si cùm dotem, § maritum, ff. soluto matrim. & in d. l. furiosum, & Deci. in l. negotiis, ff. de regul. iur. & Hippolyt. in l. 1. num. 50. cum sequent. ff. ad l. Cornel. de Sicar.*

Ex quo scrupulus quidam, qui de Prisco Iaboleno nostro à Plinio secundo mihi iniectus est, non parum ex responso eiusdem Iaboleni confirmatur, qui in *l. Mæuius, ff. de condit. & demonst.* ita respondit: Mæuius cui fundus legatus est, si Callimacho, cum quo testamenti factionem non habebat, ducenta dedisset, conditioni parere debet, & ducéta dare, vt ad eum legatus fundus pertineat: licet nummos non faciat accipientis. Quid enim interest, vtrùm tali personæ dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere? Neque enim illud, quod ad talem personam peruenturum est testamenti nomine, sed mortis causa capitur.] Quod enim existimat *Iabolenus*, conditionem de pecunia in mari proiicienda impleri debere, non videtur iure posse defendi. Vt in *l. is cui bona, ff. de verbor. oblig.* fac text. cum *gloss. in l. fin. § fin. de au. & argent. legà. & in l. at si quis, in § impens. versic. non autem oportet.* ibi: Quòd homines simpliciores faciunt.] Textus notandus in *§ hac actio. eiusdem l.* ibi: Nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumptus rationem.] & *Martian. in l. seruo alieno, in § fin. de legat. 1.* ibi, Ineptas voluntates defunctorú.] cum aliis, quòd non parum torquet *Cuman. ibi, & in l. pen. ff. de condit. instit. & posteriores in l. Gallus, in § & quid si tantum, ff. de liber. & posthum. Acostam verb. admittendi, num. 20. Fortun. num. 124.* Sed de hoc nostro quid *Plinius* senserit videamus: *epistolarum, lib. 6. ad Voconium* ita scribit, loquendo de quodam Paulo suos elegos recitante. Is cùm recitaret, ita cœpit dicere: Prisce, iubes? ad hoc Iabolenus Priscus (aderat enim, vt Paulo amicissimus) ego verò non iubeo. cogita, qui risus hominum, qui ioci: est omnino Priscus dubiæ sanitatis, interest tamen officiis, adhibetur consiliis, atque etiam ius ciuile publicè respondet, quo magis quod tunc fecit, & ridiculum, & notabile fuit: interim Paulo aliena delitatio aliquantum frigoris attulit: tam solicitè recitaturis prouidendum est, non solùm vt sint ipsi sani, verùm etiam vt sanos adhibeant. Sed Iabolenus noster adeò ex aliis suis responsis est probatus, vt hæc, magis quàm ipse, ridéda sint. Cùm & *ipse Plinius* laudet eius simplicitatem, *in epist. 15. lib. 7.* Denique vt ad seria redeamus, & vnde digressi sumus, videndum erit, vtrùm ille, qui conditionem in testamento impossibilem adiecerit, captus fuerit mente.

4 De Iaboleno Iurisconsulto.

L. Seruo alieno, in § ineptas. ff. de leg. 1.

Plinius de Iaboleno.

Vid. l. cùm pater. § hac. cum l. seq. infrà, ff ad l. falcid.

Notandum tamen est, quòd non sicut conditiones impossibiles & insanæ reiiciuntur, ita

leues, & quæ nullam affetant vtilitatem sper-
nuntur:potiùs enim obseruādæ sunt & impleti
debēt,nec aliàs legatū,vel fideicōmmissum,vel
5 testamentū,vel etiam contractus,aliquem sor-
tientur effectū quā si impleantur. Quia in con-
ditionibus causa non requiritur nec considera-
tur id,quod in obligationibus cō siderari solet,
vt sine ea non subsistant, vt in *l.2.in §.circa. ff.de*
*dol.excep.& l.3.vbi Bart.ff.de condict.sine caus.*latè
Hippolyt.in rubr.de fideiuss.nu.318. onera etiam in
vltima voluntate imposita,& modi, non obli-
gent nisi ex causa fiant, quæ vtilitatem & ali-
cuius commodum contineant, vt in *l. filium fa-*
mil.in §.Diui.ff.leg.1.& in l. Titio centum. in princi.
*ff.de condi.& demonst.*Quod etiam in actionibus
contingit, vt actio non detur nisi illi, cuius in-
tersit, vt in *si seruus.ff.de condictio. furt.*ibi: Nam
nec petitoris iam interest hominem recipere.]
Et in *l.si ex conuentione.C.de pact. & in l.si procura-*
torem.in §.mandati.ff.de man. & in l.si quis vxori.
in §.fina.ff.de fur.in leg.fin. in prin.ff.ad l.Rhod. de
iact.& in l.2.in §.fin.ff.si quis in ius voc.non ier. latè
gloss.& Bart.in l. Qui autem in §.1.ff.si quis cautio.
facit text.*in capit.cùm inter R. Seniorem.extrau.de*
election.per Felin. in cap. ex parte.numer.5.extrau.
de testib.& in cap.super his. num.18.de accusat. latè
per *Tiraquell.de vtroque retract.1.part.§.1.glos.2.n.*
*51.*in condirionibus inquam non attenditur
hoc,nec consideratur an id, quod in conditio-
ne positum est,fieri vel non, intersit,quia sem-
per conditio pro sufficienti causa habetur, vt
in *l.à Titio.vbi Bartol.& Ias.* latè *2.amplia.ff.de ver-*
bor.obligat.& idem in pœnis conuentionalibus,
quæ conditionem semper habent. vt in *l.3. de*
6 *verb.oblig.& in l.stipulat.ista.in §.alteri.*ibi:Com-
mittetur stipulatio etiam ei cuius nihil interest.
pœnam enim cùm stipulatur quis, non illud
inspicitur quid intersit: sed quæ sit quantitas,
quæque conditio stipulationis.] Facit quæ po-
nit *Tiraquell. de vtroque retract.1.parte.in§.2.n.3.&*
*4.*optimus text. in *l.fin.ff.de Prato.stipulationi.*
7 Quod vt iurisconsulti ostendant, ferè sem-
per in conditionibus exempla ponunt earum
rerum,quæ nullius sint effectus, vel momenti.
Vt si Rex Parthorum viuit, si Capitolium ad-
scenderit,quamuis in hac conditionis specie re-
ligionis rationem haberi existimet *Duar.lib.1.*
*disp.c.15.*ad quod facit quod ait *Cice. pro Roscio,*
loquendo de canibus, qui alebātur in Capito-
lio. Quòd si luce canes latrent, cùm Deos sa-
lutatū aliqui venerint. Nam Capitolium tem-
plum erat Iouis aliorumque Deorum, vt *Cicer.*
in ora.antequam in exilium iret. Dij Deæque im-
mortales, qui excellente tumulo ciuitatis se-
dem Capitolij in saxo incolitis constitutā.] &
*in oratio.contra Rul.*hoc templum Iouis optimi
maximi,atque hæc arx omnium gentium.]Sed
malè hoc interpretatur *Duare.* quia ita sumpta
ista conditio reijcienda foret. si negatiue con-
ciperetur quasi religionem impediret, & ta-
men non reijcitur, vt in *l.3.ff.de lega.2.*Imò cau-
tio Musciana in ea locum habet.vt *l. Musciana.*

Quando causa sit necessaria in contractibus & vltimis voluntatibus.

Cicero pro Roscio.
Ad quod alludit Concilium Eliberit.c.59 ibi, neque Christianus aut gentilis ad idolum capitolij sacrificandi causa ascendebat.
Cōtra Duarenum.

ff.de conditio.& demonstra. Ideò de simplici ad-
scensu,non religionis causa intelligitur. Nam
etiam si ascensus non sit alicuius effectus nihil
interest,cùm vtilitas vel effectus aliquis in con-
ditionibus nō requiratur, impleri enim in totū
eas oportet,nec in minimo deficere,esset enim
ac si in totū essēt defectæ:vt per *Dec.in auth.Qui*
rem.n.19.C.de sacrosanct.Ecclesi.& in c.de appella.n.
4.vers.secundus casus. de appell. Quinimo materia,
quæ sua natura diuidua est, si in conditione
adijciatur, efficitur indiuidua, vt in *l.cui fundus.*
ff.de conditio & demonst. Denique in conditioni-
bus maximè sola voluntas inspicitur, nec alia
ratio nisi voluntatis est reddenda:vt in *l.In con-*
ditionibus primum locum.ff.de condi.& demonst. non
tamen ferendus est quis ita liberè & securè, in
eis versari, vt ridiculas res, & natura impossi-
biles adijciat,quin emotæ mentis argui possit.
Conditiones verò impossibiles secundæ
speciei, de quibus tex.noster, & doctores lo-
quuntur,& in quibus error, & ignorantia præ-
tendi & admitti potest, sæpissimè vocantur in 8
controuersiam; quæ rursus duplicis sunt natu-
ræ: nam impossibilis conditio alia est, quæ ad-
uersatur dispositioni, & voluntati testatoris,
alia est, quæ voluntati testatoris non aduersa-
tur. exempli gratia: Si nauis infra tres dies ex
Asia venerit, lego Titio centum. Si tempore
facti testamenti, nauis submersa fuisset, impos-
sibilis est ea conditio, quæ contraria est volun-
tati testatoris, qui nauem venire, vt legatum
debeatur voluit. Item si Titius Seiam ducat
in vxorem, Seia iam mortua, eiusdem naturæ
est ea cōditio. Sed si vel impossibilis sit ea con-
ditio, quia iam nauis ex Asia venerat, quando
id dixerat eius rei nescius testator, vel quia iam
Titius Seiam duxerat, impossibilis est ea con-
ditio, sed quæ voluntati testatoris non aduer-
satur: magis enim factum præuenisse volunta-
tem testatoris, quàm defecisse conditionem
certum est: non absimilis est hæc conditio, de 9
qua hic *Papinianus* loquitur, vt conditio po-
tiùs impleta præuentione, quàm impedita im-
possibilitate videatur. Ideò vitiare legatum
non potest,etiam si ab ignorante hæc conditio
adijciatur.
Quinimò etiam si fieri iterum possit, & ita 10
impleri conditio, non est opus vt iterum fiat,
si factum esse testator ignorauerit: tex.in *l. Hæc*
conditio.§.fin.in l.Si iam facta.ff.de cond.& demon-
strat. Si iam facta sint (inquit *Paul.*)quæ condi-
tionis loco ponantur, & sciat testator quæ ite-
rum fieri possunt, expectantur vt fiant, si ve-
rò nesciat, præsenti die debentur.] Ecce quòd
licet illa conditio si nauis ex Asia venerit, pos-
set etiam si venisset impleri, veniendo iterum:
tamen si testator ignorabat venisse, ille præce-
dens aduentus sufficit. Multomagis si impossi-
bile est, vt iterum id fiat, vt in exemplis propo-
sitis, implementum præcedens sufficiet: facit
tex.notab.*l. Solemus, cum sua glo. eo tit.* ex qui-
bus colliges ignorantiam testatoris magis pro-
desse,

Alia distinctio cōditionum impossibilium.

desse, quàm nócere implemento conditionis. Ideò dicebat *Bald.* Si decem legentur ad maritandam puellam: si iam sit maritata, præsenti die debentur illa decem, ita *Bal. l. fi. C. de sent. quæ sine cert. quantita.* Si ergo in proposita specie, lego Sticho seruó meo decem, si liber fuerit: si iam erat liber, & hoc ignorabat testator, legatum ei debetur statim duabus ex causis, quia non est ex illis hæc conditio, quæ iterum fieri possunt. 2. Quia id non sciuit testator, secus verò si iterum fieri posset, & sciret testator semel iam factum esse. tunc enim non videtur contentus præcedenti implemento per dictas leges.

11 *Compensare an sit propriè soluere.*

Ex hac distinctione videtur decidi illa antiqua & notabilis quæstio. Vtrùm conditioni, vel iuramento de dandis decem, satisfiat recompensando, de qua tex. in *l. Iulianus ait ff. de condi. & demonst. & l. si fundum sub conditione. in §. Titio. de lega. 1. & Bar.* quidem voluit indistinctè compensatione satisfieri in *l. ampliùs non peti. ff. rem. rat. hab.* quem sequitur *Abb. in cap. ad nostram. 1. de iureiuran. & cap. cum dilectus. 3. colu. de ordi. cogno.* sed communis opinio est in contrarium, secundùm *Areti. cons. 100. nu. 4.* & secundùm *Felin. dict. cap. ad nostram.* & secundùm *Ias. l. eum qui. §. si iurauero. colu. 2. ff. de iureiurand.* tradit *Soci. in l. Iulianus* latissimè *Anton. Gabriel. lib. 2. de commu. conclu. titu. de iureiurand. conclus. 7.* vbi allegat doctores vtriusque partis. Sed istæ opiniones ex supradictis videntur posse conciliari ita, quòd debitum iam contractum non possit obijci compensando, quasi hoc implemento contrahentes non fuerint contenti, cùm eo debito non obstante, dare promissum sit cum iureiurando, si iam debitum esse intelligebant, & pro hoc videtur textus *extrau. de iureiurando. cap. quemadmodum*: secus autem si ignorabant, debitum verò postea contractum indistinctè possit compensari, argumenta dictarum legum, quæ in hac specie loqui videntur, & hoc est de mente *Socin. in dict. l. Iulianus. in fin.* & tradit *Anton. Gabriel. in dict. 7. conclusion. num. 15.* qui ista non adducunt.

Vid. decis. Frumon. 94.

Defenditur comm. opin.

Sed licet hæc distinctio sit valdè subtilis, & videatur de mente dictarum legum, tamen indistinctè teneo communem opinionem esse veram, quòd compensatio non admittatur, nec etiam debiti obligationem, vel conditionem præcedentis, nec post contracti hac singulari ratione, quia conditio dandi iterabilis est, & quæ in iure habetur pro facili, & in eiusmodi conditionibus præcedens implementum non suffirit, imò nec sequens. nisi simul adsit animus dissoluendi conditionem, vel obligationem: non enim sufficiat fato fieri, nisi animo implendi fiat: vt probat tex. *l. 2. in fi. ff. de cōdit. & demonst.* imò non satisfit compensatione in obijciendo pecuniæ alias datæ. quàm causa implendæ obligationis, licet post conditionem vel iuramentum sit data. Et ita erit cómunis opinio contra *Bart.* vera illa quæstione, isto nouo fundamento, nec obstat tex. in *l. si peculium. §. de illo, versi. quod si heredi. ff. de statu liber.* vbi cópensando cōditio de dando censetur impleri, nam id iure constituto libertatis fauore indictū est, erit tamen iusta causa, vt superior vim iuramēti soluat, vt cōpensatio possit admitti, vel si adeò paupertate debitor laboret vt ex alijs pecunijs dissoluere obligationem facilè nō possit, videbitur cōpensando liberari, si debiti alterius sibi non fiat exolutio, quasi per creditorē stet, vt sibi solutio pecuniæ non fiat. argu. *d. l. Iulianus,* & tex. notab. in *l. statu liberos cōditioni.* quæ est *l. 3. §. vers. inde quæritur. & in versi. Seruius.* vbi tex. inquit: Seruius scribit moram cū libertatis passū ob hoc ipsum, quòd ei aliquid ex ratione dominica deberetur, nec ei ab hærede præstaretur, quam sententiam & Labeo probat. In qua specie vinculo iurisiurādi erit liberatus. vt in *c. peruenit. 2. in fin. de iureiurādo.* Nec dubitari potest quem liberum esse à iuramēto, si implere ab eo, cui astrictus est impediatur. Deniq; ex his arbitrium iudicis erit, an difficilis hæc conditio sit, vel penè impossibilis, & an de præcēdenti implemēto cogitauerint contrahentes, vel non, vt iterari debeat propter præcedens implementum. Regulariter autem in iterabili conditione non sufficiet præcedere implementum; secùs verò in ea quæ iterum impleri non potest.

Singular. declaratio.

Sed in isto text. cùm ista conditio, si fuerit liber, non sit iterabilis, sufficit quomodocūque etiam ante testamentum esse impletam. Ideò istum fuisse liberum non potest impedire legati cessionem, cùm id quod futurū testator voluit, iam eo ignorante factum fuerit, nec id iterùm fieri possit. Quòd si dicas hoc in specie huius legis non sufficere, quòd testator non simpliciter legauit sub conditione, si liber efficiatur, sed specialiter si ex testamento ad libertatē peruenerit, quod nunquā verū est, si antea liber sit. Quia licet contendere possemus idem contingere. in *dict. l. si iā facta. & in dict. l. solemus.* cùm certum sit non idem esse factum, quod præcessit voluntatē testatoris, & id quod ipse fieri voluit, hoc tamē saltē constituamus, quòd si testator simpliciter in hac lege Titio seruo, si liber factus fuerit, decem reliquisset, si eo tempore liber iam esset, non fore defectum conditione; & ita sola vis argumenti residebit in illis verbis, ex testamento. Hoc constituto, manifestissimè ostendā nihil inter prædictas species interesse, vt conditio, vel impleta dicatur vel defecta: mitto nunc quòd data cogitatione testatoris, quòd iste esset seruus suus, cui in suo testamēto purè libertatē relinquebat, & legatū sub libertatis cōditione, nihil interest adijceretur, si liber ex testamento erit, vel liber simpliciter erit, quia alio modo quàm illo secundùm quod ipse cogitabat, consequi legatū non poterat, vt *in l. seru. C. de legat. & in l. ex fideicōmisso. C. de fideicommiss. & l. fin. in fin. ff. de adimen. legat.*

erat enim hæc conditio secundùm testatoris existimationem necessaria. Mitto ioquam hoc, & dico, quòd hæc verba, Si ad libertatem ex testamento peruenerit] non possunt efficere, vt si iam liber erat conditio impleta non habeatur, vt locus sit fideicommisso sub ea conditiooe relicto.

Nam considerandum rursus est, quòd conditionum quædã suot causa dispositionis, sola dispositione desuocti, quædam verò vel iuris ordine, vel natura ipsa præordinãtur ad dispositionem, de primis sit exemplum: lego Titio centum si Titius consul factus fuerit, vel si Rex Parthorum viuit, vel si Capitolium quis ascenderit, vel si nauis ex Asia venerit, qnid enim consulatus Titij, vel quòd Rex Parthorum viuat, commune cum legato habet? nam nisi id coniunxerit testator, hæc penitus diuisa sunt, disiuncta, atque separata. De secũdis verò, scilicet de his cõditionibus, quæ natura ipsa præordinaotnr ad dispositionem, potest proponi exemplum, putà si filio familias legetur sub cooditione, si à patre emancipetur: vel seruo, si liber efficiatur. nam hæ conditiones necessariæ sunt ad effectum dispositionis testatoris, qoi cò respexit, vt filius sibi ipsi non patri illud legatum acquirat, & vt seruus etiam sibi acquirat, quòd emancipatio, & manumissio efficit, cùm eos sui iuris constituat, ex quo fit, vt sibi acquirere possint, vt in *dict. l. seruus, & dict. l. Qui fideicommissariam, & ff. de acquir. hered. l. placet.* quod solum testator respexit, & hoc est quod eleganter inquit *Bart. post Petr.* licet ponat aliud tertium membrum, quod non facit ad materiam nostram, *in l. Gallus, in §. & quid si tantum, 2. col. ff. de lib. & posthum.* quod conditionum quædam suot necessariæ ad actum, quædam ad effectum actus, quædam omnino voluntariæ: in istis voluntariis, quæ, vt suprà diximus, sola impositione respiciunt dispositionem; talis est constituenda regula: conditiones voluntariæ, vel quæ sola impositione tanguot dispositionem, debent impleri in specifica forma, vt vocant, ita debet intelligi text. *in l. qui haredi. & in leg. Meuius, ff. de conditio. & demonstrat.* secundùm *Bartol. vbi suprà.* Ratio est, quia cùm huiusmodi conditiones seipsas respiciant, nec alij subministreotur, ex seipsis solis debent censeri, & in his conditionibus verum erit qund vulgò dici solet, conditiones inducere formam, per text. *in l. Prætor, & in l. Non vnquam, inf. de colla. bonor. Bald. in authent. matri. & auia. quando mul. tutel. offic. fung.* à qua recedere non licet, etiam libertatis fauore. vt per *Bart. in l. omnes popul. penul. col. in fine, & in l. final. C. si mancip. ita fuer. aliena.* de quo per *Tiraquel. de vtroque retra. 1. parte, §. 1. in gloss. 21. num. 11. & sequent.* per recentiores *in l. de liber. & posthum. & capit. cum dilect. de rescript. & l. 2. in §. priùs de vulg.* qui in omnibus ferè iuris partibus hæc inculcant.

12 *Alia conditionum distinctio.*

Prima regula.

13 *Secunda regula.*

Secunda regula: cooditiones, quæ natura ipsa præordinantur ad dispositionem, & suot præambulum necessarium, possunt impleri, vt dicitur, per æquipollens, & quocunque modo sit expedita via dispositioni, id sufficit, vt conditioni sit satisfactum. Quia non respiciunt seipsas, sed finem, & effectum, & hoc est quod elegãter voluit *Alceb. in l. 1. co. 3. C. vt nemo priuat.* quod vbi propter determinatũ effectum prouisio inducitur non modus, sed effectus attenditur. Talis est conditio de qua in isto tex. Si libertatem ex testamento peruenerit] cùm adiecta sit ad hoc, vt fideicommissum accipere possit, sufficit ergo quocunque modo liber sit, quia capax reperitur, ad quod testator respexit. nec interest eo modo, quo testator expressit. vel alio quocumque modo idem effectus repræsentetur, & pro hoc est tex. expressus, in *l. si mater. C. de institutio. & substi. & in l. fideicommissa. in §. si cui ita. ff. de lega. 3.* vbi ita inquit *Vlpian.* Si cui ita fideicommissum fuerit relictum, si morte patris sui iuris effectus fuerit & emancipatione sui iuris effectus sit, non videbitur defecisse conditio] Ecce quod sicut & hic dictum est, Si ex testamẽto ad libertatem peruenerit,] ita ibi, si morte patris sui iuris effectus fuerit.] Et tamen sufficit ibi, vt etiam emancipatiooe sui iuris efficiatur, quo facto fieri non potest, vt morte sui iuris fiat, & idẽ esset, si tempore testamenti emãcipatione esset soi ioris effectus, per *dictam l. si iam facta. & dict. l. hac conditio, in §. fin. & l. solemus, cum gl. de condit. & demonst.* In qua specie clarum est, quòd illa conditio si morte patris sui iuris effectus fuerit, impossibilis est conditio, in eo, qni antea sui iuris fuerit, sicnt & hic impossibile est, vt qui liber antea fuit, ex testamento ad libertatem perueniat.

Fac. quod finis attendatur, l. fideicommissa § hæc verba ff. de legat. 3. l. quamuis simpliciter, C. de fideicommiss.

De intellect. l. fideicommiss § sicut ita, de leg. 3. & infra, num 22.

Arg. contra, c. suscepitũ, de rescript. lib. 6. Vide Turrecrem. in c. in apibus, §. fin. 7. q. 1.

Quare igitur hic non habetur conditio pro impleta, sicut & ibi *in d. l. si mater, & in d. §. si cui & in alijs legib. concordantibus, vt l. si mulier. ff. ad Senat. consul. Treb. & in l. si ita. ff. quando dies legati ced. & in l. Gallus. in §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthu.* fac. tex. in *l. his verbis. in §. alieno. de lega. 3.* in quibus, vt diximus, idem erit per *dictam l. si iam facta.* si id contigisset tempore testamenti. Imò id minus habet dubitationis, cùm conditio quæ est impossibilis tempore testamenti soleat reijci. vt *l. 1. ff. de condi. insti. & l. obtinuit. ff. de condi. & demonstr.* quę verò postea fiunt impossibiles, id est qnia deficiunt (omnis enim defecta conditio efficitur impossibilis) faciant deficere legatum, vt in *l. legatum, & in l. 1. C. de cond. insert.*

Ergo si conditionem effici impossibilem in propria & specifica forma non facit cessare dispositionem, si in æquipollẽti impleatur; multo magis idẽ erit, si ab initio sit impossibilis, quia in æquipollenti erat id iam effectum: legatum ergo fuit relictum sub ea conditione. Si ad libertatem ex testamento peruenerit] debetur etiam si tempore testamenti legatarius liber sit, cùm ea conditio necessaria ad effectum legati fuerit; & natura ipsius dispositionis ad id præordinata. Ideo sufficit quocumque modo liber

liber sit, vel fuerit, vt dictum est, maximè hoc testatore ignorante, vt in *dict.l.si iam facta*. Falsa est ergo opinio doctorum, quòd conditio hic posita, Si ad libertatem, &c.] tanquam impossibilis vitiet legatum, quia testator possibilem existimabat, cùm idem contingat in *dict.l.si iam facta & dict.l.solemus.* cùm glos. Non enim amplius conditioni parere potest, cùm semel expleta sit,] inquit *Vlpian.in l.si ita fuerit.ff.de manumis. test.* ideò ad nostrum tex. alius est quærendus intellectus, quia iste intellectus doctorum, quod conditio impossibilis hic vitiet legatum, quia testator existimauit possibilem, verus non est, nec regula quam per istum tex. Doctores constituunt.

De intellect. l. cùm tale. in § falsam conditioné.

14 Quod vltra supradicta manifestè probatur in *l. cùm tale. in §.falsam conditionem.ff. de conditio. & demonstr.* vbi inquit *Papinianus*: Falsam conditionem Cassius & Cælius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti Pamphilus, si quod Titio debeo soluerit, liber esto, si modo nihil Titio fuerit debitum, quod si post testamentum factum testator pecuniam exoluerit, defecisse conditionem intelligitur.] Ecce text. qui apertè vult in priori parte conditionem tanquam impossibilem reijciendam, in qua specie non est credendum, cùm non magis quàm in nostro text. id *Papinianus* exprimat, testatorem id scientem fecisse, quia vt suprà diximus, vbi ex verbis aliquid falsum infertur, errore id factum esse credendum est. ibi ergo est conditio impossibilis, quàm testator possibilem existimabat. ideò tamen non vitiat, quia effectus ipse sequutus est, ad quem testator respexit, vt scilicet sine impensa ab eo debito liber hæres esset, sicut & hic euenit effectus, cùm quocumque modo liber fuerit iste homo, legati capax sit.

Et iste intellectus est melior quã quod si spirituali in libertate, vt doct. volunt quos Tiraq. in priuil. pia causa 71.

15 Et hoc etiam probatur ex alio eleganti responso *Vlpiani in l. ab omnibus in §.in testamento.ff. de lega.1.* In testamento sic erat scriptum (*Vlpianus* inquit) Lucio Titio, si is hæredi meo tabulas, quibus ei pecuniam expromiseram dederit, centum dato.] Ecce legatum sub conditione, quæ infrà ostenditur impossibilis sub his verbis: Iulianus notat, si testamenti faciendi tempore tabulæ nullæ fuerint, vera ratione dici potest legatum Titio deberi, quòd ἀδύνατος conditio pro non scripta habeatur. Ecce tex. in quo sicut in text. nostro testator conditionem impossibilem, putans id fieri posse, adiecit testator, & quamuis impossibile est eo modo impleri, tamen cùm effectus idem sit, legatum debetur. Nam quod *Bart. ibi* voluerit, quòd ipse testator non existimabat conditionem possibilem, nec crederet tabulas extare, sed dubitaret; ideò ibi conditionem impossibilem reijci, & legatum deberi, quasi à sciente, hic verò non reijci, nec legatum deberi, quasi ab ignorante impositam, placere non potest, quia si dubius esset, dubiè conditionem imposuisset, si reperiantur tabulæ: præterea quid intersit quis dubius sit? nam magis existere conditionem vult, is qui dubitat, an impleri possit, quàm ignorans: cùm errãs nullam difficultatem fore in eius implemento existimet; quam si cogitasset, forsan conditionem non adiecisset, quod in dubitãte nõ contingit, cùm in vtrumque casum eodẽ modo cauisse videatur, argum. text. in *l. eum qui nocentem. in §.fin. in fin. infrà, de iniur.* Item etiam si ibi existimaret testator, vel certò crederet tabulas extare, non tamen ideò minus legatum debebitur, nec *Vlpianus* contrarium responderit, vt ad sensum patet, mitto nunc quod vulgò dici solet, errantem & dubitantem eiusdem esse conditionis, vt in *l.si.in §.si autem nescius.C.de furt.& seru.corr. & in l.de stat.ff. de testam.& in l.2.ff. quis ord.in bon. poss.seru. & in §. qua de fullone.in vers.quadiximus. inst.de obl.quæ ex delict.& in l.fin.C.de condict.indeb.*

De intellect. l.ab omnibus.§ in testament.ff. de leg.1.

Reprobatur interpretatio Bartol. ad d.§.

Intellectus etiam alius, quem ad *dict.§. in testamento. Bart.& doctores* ponunt, non tollit nostram sententiam, sed potiùs confirmat, scilicet, quòd ideò ibidem impossibilis conditio non vitiet vltimam voluntatem, etsi testator eam possibilẽ existimauerit, quia per æquipollens impleatur: licet enim tabulæ reddi non possent, quia nullæ extabant, potest tamen fieri debiti acceptilatio, quæ idem operatur. & qua satis fieri conditioni potest, & debet. vt elegantissimè explicat *Iulianus in l. huiusmodi. in §.si ita.ff.de lega.1.* vbi ita inquit: Si ita legatum cui esset, si tabulas chirographi mei hæredi meo reddiderit, hæres meus ei decem dato: huiusmodi conditio hanc vim habet, si hæredem meum debito liberauerit. Quare & si tabulæ extabunt, non intelligetur conditioni satis fecisse creditorem, nisi acceptum hæredi fecerit, & si tabulæ in rerum natura non fuerint, existimabitur implesse conditionẽ, si hæredem liberauerit. Nec ad rem pertinebit, iam tum, cùm testamentum fiebat, tabulæ intercidetint, an posteà, vel mortuo testatore.] Istũ intellect. sequitur *Ias. hic*, dicens, quòd istum intellectũ sequitur *Aret.in l.impossibilis.col.fi.ff. de verbo. oblig.* licet *Aret.* potiùs sequatur priorem intellectum, quod intelligatur in dubitante.

2. Intellectus Bart. & doctor.

Certè iste intellectus facit etiam contra doctores, qui non aduertunt in specie legis nostræ conditionem per æquipollens, vt dicitur, magis impletam esse, quàm defectam, vt suprà diximus, ideò debere valere legatum, tamen placere non potest, vt in *dict.§.in testamento.* impleatur per acceptilationem conditio de reddendis tabulis, quia tex. dicit. Quòd conditio impossibilis pro non scripta habeatur.] Si ergo pro non scripta habetur, non est opus, vt aliquid pro ea implẽda legatarius faciat. Nam, vt satis cum iudicio, vt solet *Ioan. de Imol. in dict. §. Cùm in testamento.* inquit (circa dictã cõditio- »
dum si tabulas debiti hæredi dederit) inter- »
dum non extant tabulæ nec debitũ, & tunc ex »
toto conditio videtur impossibilis, & ideò ex »
toto reijcitur, & sic videtur intelligi posse hic in fine,

Imol. singul. interpretatio.

,, fine, quandoque extabant tabulæ & debitum, ,, & tunc reddi debent tabulæ, & acceptilatio ,, etiā interponi: vt in §. *si ita. hic alleg.* interdum non extant tabulæ, sed debitum, & tunc debet acceptilatio interponi, ecce qualiter, vt verè interpretatur *Ioan. de Imol. in dict.* §. *in testamento,* conditio omnino, vt impossibilis reijcitur, quia nullum erat debitum, nec tabulæ, quod etiam innuere vult tex. dum refert testatorem dixisse: Si tabulas quibus ei pecuniam expromiseram.] quasi expromissio ex tabulis ipsis oriretur, non autem tabulas confectas fuisse de contracto antea debito. reijcitur ergo ibi conditio, vt impossibilis, cùm non fuerint aliquando tabulæ, nec fuit debitum aliquando, licet id testator existimauerit, qui cùm fortè mercator esset, plures libros, & rationes habens cùm legatario, id potuit credere: quod non est diuinare, cum semper si quis falsum pronunciat, errare, vt suprà diximus, credendus est: alioquin si debitum sine tabulis esset, non haberetur conditio pro non scripta, sed acceptum facere legatarius teneretur, si legatum consequi velit; sed quia numquam fuit debitum in rerum natura, nec esset quòd accepto ferretur, dicta conditio legatum non vitiat, sed habetur pro non adiecta, vt ibidem probatur, & in *dict. leg. cum tale. in* §. *falsum.* quia sufficit, vt idem effectus sequatur, vt hæres liber sit, licet eo modo quo testator voluit sit impossibile, & eadem ratione in nostro tex. sufficere debuit hominem liberum ante testamentum fuisse, nec impossibilis conditio legatum vitiare potuit. Quòd etiam comprobatur ex textu notabili *in l. libertate seruor. ff. de statu liber.* vbi *Modest.* inquit: Seruus iussus reddita ratione ad libertatem peruenire, licet nullam administrauerit rationem, nihilominus liber erit.] Facit text. in *l. si seruo sub conditione. versic. itaque, eo. tit.* Ecce quòd conditio

16 illa impossibilis non vitiat legatum. Nam illa verba Reddita ratione, conditionē important, vt est vulgatum in *l. Acceptis numis. ff. ad l. falcid. & in l. à testatore. ff. de condit. & demonstrat.* text. & *Bart. in l. Euictis prædijs. ff. de euictio. Idem Bart. in l. fideicommissa. in* §. *cùm essem. de lega.* 3. *& in l. Ab emptione. ff. de pactis. & in l.* 2. *in* §. *videndi, ff. ad Tertul. & in l.* 1. *in* §. *qui habebat, ff. de bon. poss. contra tabul. & in l.* 1. *colu. penul. ff. de condi. & demonstr.*

De conditione quæ ex ablatiuo inducitur.

Quinimo ea conditio, quæ ex ablatiuo inducitur, maiorem vim, quàm aliæ conditiones habet, quia habet etiam vim dispositionis, quando testator disponere potest: ita *Bart. in dict. l. fideicommissa. in* §. *cùm essem. & dict. l.* 1. *in* §. *quia habebat. col.* 2. *vers. nunc ad propositum.* facit text. in *cap. capitulum Sanctæ Crucis. extrau. de rescrip.* licet aliàs positum in conditione non operetur dispositionem, vt *in l. si quis sub conditione. infra. Si quis omiss. causa testa.* & ideo dicebat

Cōtra Guidon. Pap. & Deci.

Guid. Pap. in q. Delphina. qu. 184. *incip. In illa q. & Decius in cons.* 578. *n.* 12. quòd si dicatur, vt stantibus masculis filiæ feminę non succedant, quod per illam dispositionem videntur, masculi vocati, quia sunt positi in conditione per ablati- 17 uum absolutum: quod sanè est ridiculum, quia in illis verbis Stantibus masculis, non ponitur successio, sed solùm existentia liberorum, quæ non est in potestate disponentis, ideo nihil ibi ponitur. In alia verò parte ponitur exclusio fœminarū cōditionaliter, nec est ablatiuus absolutus, nec aliquid quoad masculos disponitur. Denique nec masculi nec feminę, in dicta dispositione vocantur, cùm verba solùm sint exclusiua: sed aliunde est quærēdum ius successionis eorum, tam masculorum simpliciter, quàm fœminarum in defectum masculorum stante dicto statuto, quod quia nō est materiæ nostræ omitto. In *l. Gallus in princip.* est proprius locus & *l.* 1. *C. de pact.* vbi docto. post gl. in *l. Lucius. ff. de hæred. instit.* satis est quod in *dict. l. libertate seruo,* probatur, quòd illa conditio, si rationes reddiderit, non vitiat legatum, quod nullas vnquam administrauerit rationes, quia idem finis, & effectus contingit, vt aliquid ex mala administratione seruus non retineat. Sic in specie huius legis quomodocunque sit liber, sufficit vt capax efficiatur legati, licet non eo modo sit liber quo testator expressit, tanquam si illa verba, Si ad libertatem ex testamento peruenerit] non essent adiecta, ad quod facit tex. in *l. talem institutionem ff. de hæredi. insti.* vbi inquit Martianus, Talem institutionem quidam valere non putabant. Stichus liber esto, & si liber erit, heres esto: Diuus Marcus rescripsit, hanc institutionem valere, perinde ac si non esset adiectum, si liber erit] Facit quod eleganter inquit *Venuleius in l. cùm seruus pecuniam ff. de verbo. obliga* ibi. Quia certè non quæritur à quo manumittatur, sed, vt manumittatur.] & ibi glos. allegat plures concordant. Et quòd huiusmodi verba, Si ad libertatem ex testamento peruenerit] ac si apposita non essent, haberi debeant, apparet. Quia testator proprium seruum hunc hominem existimabat, vt doctores ipsi volunt, cui libertatem in testamento reliquit, & legauit supradicta conditione adiecta. in qua specie, etiam si testator id non dixisset, tacitè id secundùm eius opinionem inerat, non enim alio modo deberi poterat legatum, quàm si liber ex eo testamento efficeretur.

Quinimo etiam si ab eo liber in vita fieret, 18 legatum non poterat valere, obstante regula Catonis, vt *insti. de leg.* §. *an seruo hæredis cum seque. & l. si minor, de leg.* 1. doctores contra glo. ibidem in *l. seruis. C. de legat.* ergo adiectio hæc, tamquam ea, quæ tacitè inerat, secundùm testatoris mentem(quæ mens etiam erronea ad interpretationem voluntatis est attendenda, vt in *l. Quo loco. in* §. *fin. ff. de hæred. instit. & in l. sicut certi. & l. si cum vel in vtero. C. de milit. testam.*) est superflua, & reijcienda: & sicut si conditio hæc adiecta non fuisset, libero hoc existente, legatum valeret, ita etiam ea tanquam

quam neceſſaria adiecta: non enim fieri poterat, vt ſeruus proprius aliter legatum habere poſſet, quàm ſi ex teſtamento liber eſſet. vt *dict. l. ſeruis, & in l. fin. §. licet, C. de teſtam. manu.*

Ex ſupradictis omnibus manifeſtè apparet, quòd conditio hæc libertatis ſit neceſſaria ad effectum actus, præcisè ſecundùm teſtatoris mentem: ſemper autem ſub ordinata natura ipſa ad conſecutionem legati, & non omnino voluntaria, imò adeò neceſſaria, vt dixi, ſecundùm opinionem teſtatoris, vt alio modo impleri non poſſit, ideo ſufficit quocumque modo liber reperiatur, vt effectum legati conſequi poſſit, nec impoſſibilis conditio per æquipollens impleta, etiam ante teſtamentum, cùm ſit conditio non iterabilis, vitiabit legatum, vt in *dict. l. ſi iam facta.* nec textus noſter cõtrarium vult, ſi rectè intelligatur, vt infrà oſtendemus.

De intellectu l. qui Roma, §. Flauius Hermes.

19 Sed hæc omnia videtur deſtruere text. in *l. Qui Roma, in §. Flauius Hermes, ff. de verbor. obligat.* vbi in ea ſpecie, in qua lex ſolet supplere factum hominis, perducendo ad libertatem ſeruum, qui ex pacto debuit manumitti, ſi forma ſeu modus adiiciatur manumittendi, lex ceſſat, quaſi æquipollens non ſufficeret implementum. Nota eſt conſtitutio diui Marci, quæ ex mora manumittere debentis ex lege con-
15 tractus, perducit ſeruos ad libertatem, vt in *l. cauſam, in princip. & §. puellam, ff. de manumiſsion.* Puellam (inquit Papinian.) ea lege vendidit, vt poſt annũ ab emptore manumitteretur, quòd ſi non manu miſiſſet, conuenit vt manum iniiceret, aut decem aureos emptor daret, non ſeruata fide: nihilominus ex ſententia conſtitutionis, liberam fieri reſpondit.] Idem habetur in *l. 2. & in l. ex diui. & in l. fin. C. ſi mancip. ita fuerit alien.* Hæc autem conſtitutionis prouiſio non ſe extendit, vbi certus manumiſſionis modus eſt impoſitus: putà, vt liber vindicta fiat. vt in *dicto §. Flauius Hermes.* in quo ex mora debentis ſeruum vindicta manumittere, non fit ſeruus per legem liber. Inquit text. Flauius Hermes hominem Stichum manumiſſionis cauſa donauit, & ita de eo ſtipulatus eſt. ſi homo Stichus de quo agitur, quem hac die tibi donationis cauſa manumiſſioniſque dedi, à te, hæredeque tuo manumiſſus, vindictaque liberatus non fuerit, quod dolo malo meo non fiat, pœnæ nomine quinquaginta dari? ſtipulatus eſt Flauius Hermes: ſpopondit Claudius, quæro an Flauius Hermes Claudium de libertate Stichi conuenire poſſit? Reſpondi nihil proponi cur non poſſit. Item quæro, an ſi Flauij Hermetis hæres à Claudij hærede pœnam ſupraſcriptam petere voluerit, Claudij hæres libertatem Sticho præſtare debeat, vt pœna liberetur? Reſpondi, poſſe. Item quæro, ſi Flauij Hermetis hæres cum Claudij hærede ex cauſa ſupraſcripta nolit agere, an nihilominus Sticho libertas ex conuentione, quæ fuit inter Hermetem & Claudium (vt ſtipulatione ſupraſcripta oſtenditur) ab hærede Claudij præſtari debeat? Reſpondi, debere.] Ecce text. ſecundùm communem intellectum gloſſ. & doctor. ibidem, & gloſſ. *in l. fin. C. ſi mancip. ita fuerit alienatum,* quod ideo ibi Stichus non fit liber per conſtitutionem, quia fuit certus modus manumiſſioni adiectus, ſcilicet per vindictam: ideo opus eſt vt liber fiat eo modo, quo eſt conuentum, nec aliter ſatisfit contrahentium voluntati. Ergo cùm in caſu noſtri text. & in *dict. l. ſi mater. cum ſuis concordantiis,* ſit etiam expreſſus modus quo efficiatur ſui iuris, quo pacto poteſt ſufficere æquipollens.

Refugium verò quod videbatur ſecurius, ſcilicet quòd ille tex. loquatur in contractibus, in quibus ſtrictior eſt facienda interpretatio, ita quòd non recedamus à verbis, nec ſatisfiat per æquipollens. arg. *l. veteribus, ff. de pac. & in l. Quicquid aſtringenda, ff. de verb. oblig.* occupat tex. fortis, & ſatis huic opinioni contrarius ex diametro *l. fin. C. de donat. quæ ſub mod.* vbi fingens eamdem ſpeciem in contractibus, quæ in *dict. l. ſi mater, C. de inſtitutionibus.* & in dictis aliis legibus ponitur in vltima voluntate, dicit ſtatutum in vltimis voluntatibus procedere in contractibus, & admitti implementum per æquipollens: inquit enim text. Si quid mater filiæ 20
ſuæ in poteſtate patris conſtitutæ, ſub conditione, ſi fuerit intra biennium emancipata, donauerit: licet hoc matris voluntate ſui iuris effecta non tenuit, tamẽ prius marito defuncto, ſui iuris quocunque modo effecta quoad ſimilitudinem legati ita relicti, rem donatam firmiter habere, vel vendere poteſt.] Facit notab. text. in *l. ſicut, §. ſed ſi permiſerit, ff. quib. modis pign. vel hypoth. ſol.* & ita optimè *Bart. in l. 2. de cond. & demon. n. 4.* voluit tex. *l. ſi iam facta.* habere locum in contractibus, vt ſufficiat conditionẽ contractus ante contractũ extitiſſe, quicquid *Cuman. & Acoſt.* qui eum refert *lib. 2. Select. interpret. c. 12.*

Pro Bart. contra Cuman. & Acoſtam.

Rurſus omnibus ſupradictis videtur obſtare 21
tex. in *l. 4. ff. de manum. teſt.* inquit tex. Illud conſtat, ſi libertate data ſic fuerit legatum, eique, ſi eum vindicta liberauero, hæres meus decem dato, licet ex nimia ſubtilitate ſeparatum ſit legatum à teſtamento, attamen humanitatis intuitu valebit legatũ, ſi viuus eũ manumiſerit.] Ecce caſum in quo eſt impoſitus certus modus manumiſſionis, putà vindicta. vt *d. §. Flauius:* dicit enim, Si eum vindicta, &c.] Et ſufficit aliàs fore liberũ. Sic ergo videtur tex. cõtra id quod dicitur in *d. §. Flauius.* Itẽ dicit text. Humanitatis intuitu.] Quod denotat ius ſpeciale, & quaſi iure remiſſo, ſtatuatur ſubtilitatibus omiſſis, arg. *l. ſi ſeruitus impoſita. ff. de ſeru. vrba.* iunct. adductis à Bar. *l. ſi plurib. ff. de l. 2.* & tex. dicit, Licet ex nimia ſubtilitate.] Et hoc eſt quod aliàs dicitur, conniuentibus oculis, vt non inſpiciamus in libertatibus iuris ſtrictam rationem, vt in *l. 4. ff. de manumiſſ.* Nec enim ignotum eſt (inquit Vlpian.) Quod multa contra iuris rigorem pro libertate ſint conſtituta.] In *l. generaliter, in §. ſi quis tutorem, ff. de fideicommiſſ. liber. & alibi*

De libertatis fauore.

Metia-

Merianus in l. pœnalis, in §. fin. in fin. ff. ad l. falcid. inquit: Fauor libertatis sæpe, & aliàs benigniores sententias exprimit.] Sed non possumus dicere illud speciale esse fauore libertatis, nõ enim ibi tractatur de libertate, quia aliàs est liber, sed de legato. Si dicis, esse fauorem legati dati cum libertate, minùs poterit hæc solutio defendi, quia legatum datum cum libertate non vtitur libertatis prærogatiua, seu fauore textus est in *l. si peculium, §. is cui, ff. de statu liber. & in l. si ita scriptum fuerit, de manumiss. testam.* vbi ita inquit *Vlpian.* Si ita scriptum fuerit, cùm Titius annorum 30. erit, Stichus liber esto, eique hæres meus fundum dato, & Titius antequam ad annum 30. peruenirer decesserit, Sticho libertas competet: sed legatum non debebitur. Nam fauore libertatis id receptum est, vt mortuo Titio tempus superesse videatur: quo impleto libertas contingat: circa legatum defecisse conditio visa est.] Si verò dicimus illud priuilegium esse vltimarum voluntatum, refragatur text. in *dict. l. final. C. de don. quæ sub mod.* quæ idem disponit in contractibus, quòd sufficiat huiusmodi conditiones per æquipollens impleri. Quid dicemus in tanta varietate à doctoribus non cogitata? Dico pro resolutione, quod sit regula generalis & vera, vt conditiones quæ sunt præambulum dispositionis, natura ipsa, vel iuris ordinis, vel respiciunt certum effectum, sufficit per æquipollens impleri, siue in libertatibus, siue in aliis vltimis voluntatibus, siue etiam in contractibus, licet sit certus modus impositus: text. est in *dict. l. Mater. cum concord. sup. alleg. text. in contractibus in dict. l. final. C. de dona. quæ sub mod.* Solùm restat respondere ad *dict. §. Flauius.* & ad nostrum text. in quibus quia est expressus modus manumissionis, non sufficit implementum per æquipollens.

22 *1 intellect. §. Flauius Hermes.* Ad §. *Flauius*, possumus multipliciter respondere. Primò sequendo communem intellectum quòd ibi fuit expressus modus manumittendi, scilicet vindicta, ideo non succedit legis prouiso manumittendo, quia illa manumissio legis non sufficeret, quæ non esset per vindictam. Nec obstat hoc regulæ suprà constitutæ, quia licet doctores non ita explicent, possumus clarè respondere illam regulam procedere, quando forma conditionis est expressa, sed quæ non sit in potestate illius, cui conditio, seu grauamen adiicitur. Sed quando est in potestate illius, cui adiicitur contrarium obseruetur: exempli gratia in *dict. l. si mater, si filio mater leget*, si eum pater emancipauerit, sufficit, si morte patris suis iuris efficiatur, vel per contrarium. Sed si patri ipsi legatum fiat, sub conditione, si filium emancipauerit, non habebit legatum nisi filium emancipet, etiamsi alio modo filius exeat à patris potestate, vt per ingressum religionis, vel Episcopalem dignitatem, & ita cùm in specie *dict. §. Flauius* conditio esset in potestate ipsius manumittere debentis vindicta, non potest alio modo quàm expresso impleri, quia potest sibi imputari, quòd nõ expleat modo expresso, & ita erit notabilis declaratio ad *dict. l. si mater. & ad alias leges*, nec enim subueniendum est illi, qui plenius potuit conuentionem implere, sed illi, qui amplius facere non potuit, prodest, si id quod æquipollet fiat. facit text. in simili, in *l. Quæ sub conditione, in §. quoties, ff. de condition. instit.* quod est valdè notandum, quia doctores nostri non ita interpretantur.

Singul. interpretatio, l. si mater, C. de instit.

Hic intellectus subtilis valdè est, & defenditur per eum communis intellectus, sed habet difficultatem, quia constitutio, quæ ex mora seruos perducit ad libertatem ipsorum seruorum, & libertatis fauore hoc induxit principaliter, licet in consequentiam ex facto legis, mora illa sit extra pœnam, quia cessat pœnæ persecutio, nam sufficit quòd per legem fiat liber ex mora, ne incidat in pœnam, quam promiserat in defectum manumissionis, vt probatur in *dict. l. Causam, §. puellam, ff. de manumiss. in fi.* ibi. Itaque nec pecunia petetur, cùm emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit.] Non ergo videtur æquum considerare culpam non manumittentis in præiudicium serui & libertatis, ideo licet videatur esse in culpa, qui non eo modo quo iussus est adimplet, tamen quid culpæ admisit in hoc seruus, qui magis quàm ille puniretur, si ex mora illius liber per constitutionem non fieret? ideo hic intellectus habet maximam difficultatem, licet, vt dixi, extra terminos huius legis, quoad interpretationem *dict. l. Si mater.* sit declaratio verissima, quando solùm de damno illius cui conditio adiicitur ageretur.

Secundo modo potest intelligi *dict. §. Flauius*, scilicet quòd ibi non habeat locum constitutio, nõ ex eo, quòd sit impositus certus modus, vel certa forma manumissionis, illa enim verba Manumissus vindictaq; liberatus nõ fuerit] non magis restrictiuè ad vindictę modũ, quàm alternatiuè sumi debent, & possunt, vt apud potioris literaturæ authores passim reperitur, & *Paul. iurisconsultus* optimè explicat *in l. Coniunctionem, & in l. Sæpe ita comparatum est, ff. de ver. signific.* sed ex eo quia constitutio non habet locum, nisi quando est impositus certus dies manumissioni, quia cùm lex operetur ipso iure, vagaremur sub incerto, quãdo suum effectum operaretur constitutio, ideo non habet locum nisi vbi est certus terminus impositus, non enim aliàs posset intelligi, ex quo tempore ille esset liber effectus, quia non ita velociter posset apparere de mora illius, quin lex antea suum effectum produxisset. Nam quando concurrit factum hominis, & factum legis, non potest homo tam repentè versari, quin lex citius operetur: text. est in *l. Iulian. noster, ff. de condition. & demonstr.* quem ad hoc aliàs notabat *Crot. in repetit. l. si is qui pro emptore. 14. colum. in princip. ff. de vsucap.* ad hoc est etiam text. in

23 *2 intellect. § Flauius Hermes.*

Homo non potest præuenire factum legis.

l. si

l.si optio.in prin.de opt.leg.ff de acquir.here. & tex. in *l.Paulus* ratio est, quia lex aliquo momento non motatur *l.peculium.*: *.§.sed & creditor.ff.de pecul.* & hoc est quòd aliàs dicebat glos. vulgata in *l.Cum hereditas.C.de possi.* at actus hominis tempus concomitatur: vt aliàs dicebat *Bald.3.col.l.vni.C.quād. non pet.part.* ratio est, quia cùm ad actus hominis requiratur motus actualis, vel intellectualis, ergo & tempus; tempus enim est mensura motus, vt philosophi dicunt, *& Philo de mundi opificio* nō indoctè: & quòd prædicta constitutio non habeat locum, nisi vbi manumissioni est dies impositus sensit, licet obscure, glo. in l. *seruū in verb. intra duos. C.si mancip.ita fuer. aliena*, & quòd in *dict.l.qui Roma.* non fuerit. dies adiectus manumissioni, vult *Bartol.ibidem.*

De interpretatio.l.fin. ff.qui sine manumiss.

Sed his obstare videtur tex.in *l.si ff.qui sine manumissio.ad liber.* cuius verba sunt. Latinus Largus vendidit ancillam ita, vt manumitteretur non addito tempore, quæro quando ex constitutione incipiat ei libertas competere, cessante emptore in manumittendo? respondi: inspiciendum est quod actum sit, vtrum cum primum potuisset vt manumitteret. An vt in potestate esset emptoris quando vellet manumittere, priore casu facilè tempus comprehendi poterit, posteriore vtique moriente emptore competat libertas. sed si non appareat quid conuenerit, fauor priorem inducit opinionem, id est vt intrà duos menses &c.] Ecce tex. qui vult quòd vbi non est impositus dies manumissioni duo menses expectentur, nisi quando sub voluntaté manumittere debentis esset relictum, quia tum constitutio operatur eo mortuo. Sed dico, quòd illi duo menses non possunt operari in specie. *in dict.* §. *Flauius.* quia esset contra mentem contrahentium quam præseruat tex. in eadem l. fi. Item nec id operari potest mors, & ita constitutio vagaretur sub incerto, ex voluntate ipsius stipulátis, qui dixit quod si à se, hæredeque suo non manumitteretur: non ergo voluit qui stipulatus est constitutionem habere locum, quæ vel vitæ, vel duorum mensium terminum imposuit, cùm & facultatem manumittendi hæredi dederit: hac itaque ratione non habet locum constitutio *in dict.* § *Flauius*, non autem quia est expressus modus manumissionis.

Sed licet iste intellectus sit bonus ad excludendam prouisionem constitutionis, & ita non obstet opinioni nostræ, tamen habere videtur aliqua inconueniētia, nam si ibidem hæres promissoris non est in mora manumittendi, dum viuit, quo modo tex. vult vt hæres Claudij possit conueniri ad pœnam? Item quomodo ipse Claudius promissor à Flauio Hermete ad Stichi manumissionem? Si enim nōdum est in mora, non poterit conueniri. Si verò est in mora, quare non succedit prouisio constitutionis, vt per legem liber fiat, & Claudius, vel eius hæres pœna sint immunes. vt in *dict.l.fi.C.si mancipa. ita fue.alien.vt manumitta.& in dict.l.causam in §. puellam.ibi.* Itaque nec pecunia petetur, cū emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit.] Item quomodo Stichus ipse viuente Claudij hærede, libertatem petere posset, cuius dies nondum venerit.

. Sed his respondetur, vt supra dixi, quod cōstitutio solum locum habet vbi dies est certus, vel vbi nō est, si potest succedere dispositio *dict. l.Latinus.* vel quod, quam primum potest, debeat fieri manumissio, vel quod simus in dubio, ita vt intrare possit terminus duorum, aut quatuor mensium, de quibus ibidem: at vbi hoc intrare non possit, vt in specie *dict.§.Flauius.* in qua vt dictum est, dicti termini cessant, non erit locus dictæ constitutioni. Et ita etiam responderi potest ad *dict.l.fi.C.si manci.ita fuer.alien.* vel quod ibi dies sit impositus, vel saltem ibi tempus manumittendi non est adeò extensum, sicut in *dict.* §.*Flauius*, io quo & ad hæredes ea obligatio porrigitur, quod est singulare. Potest itaque ipse, vel hæres eius semper Stichum manumittere, nec incidet in pœnam non manumittendo, nec liber per legem fiet, quia nec est in mora, nec intrat constitutio, quia in hac specie locū non habet. Si tamen passus fuerit secū litem contestari, pœna exigi potest. vt *l.1.ff. de pen. legat.* & potest etiam compelli, vt manumittat, quia incipit à promissione, non tamen intrat constitutio, quia nec quam primum potest, nec infrà duos menses: de quo *in dict.l.Latinus.* tenetur manumittere, sed remanet omnino incertus dies manumissionis.

Tertius intellectus potest assignari ad *dict.* §. 24

3 intellect. ad dict. Flauius.

Flauius, qui certè est verus, licet gl. ibidem eum reprobet, quia dicit quod lege non inuenitur, scilicet, quòd ideò ibi non succedit constitutio, quia non idem repræsentatur effectus, qui ex manumissione vindicta prouenit: efficitur enim tunc perfectè liber, & ciuis Romanus, cum alio modo manumissus, vel fiat Latinus, vel Dedititius, & licet glossa dicat lege hoc non reperiri, tamen certum est Latinitatis vestigia vsque ad Iustinianum durasse: vt *l.1.C.de Latin.libert.tollen. & in §.fina, Instit de libertin.* & certum est manumissos vindicta pleno iure semper liberos fuisse, & ciues Romanos, idque & Vlpiani tempore, si libello illi, qui ius nomine circumfertur, fidem damus, qui in *tit.1. de libertis, in principio* inquit. Libertorum genera sunt tria, ciues Romani, Latini, Iuniani dedititiorum numero.] Et in §. *sequenti*: Ciues Romani sunt liberti, qui vindicta, censu, aut testamento, nullo iure impediente manumissi sunt.] Et licet in legibus digestorum huius rei nulla ferè mentio fiat, quia cū id abrogatum esset, in cōpilatione à Trib. & alijs facta, omnia iurisconsultorum responsa, quæ ad eam rem pertinebant fuerunt sublata, non tamen adeò exactè id fieri potuit, vt aliquid non remaneret, & ita hoc Sceuolæ respōsum fuit omissum, in quo, sicut & in finitis iuris partibus, fit mentio vindictæ, & de ea est tit. specialis: ideò potuit eorū manus effugere, quòd forsan non considerauerunt vim illius responsi,

De manumissione per vindictam.

in eo consistere, quòd vindicta seruus esset manumittendus, quem enim responsum Seruidij Scęuolæ obscurũ varium & ambiguum, vt semper solet, non falleret: sed Scæuolæ parcendum est, vel ob hoc solum, quod sententiam Galli adeò exactè, subtiliter & diligenter sit interpretatus, sed de his alibi.

Nunc & redeamus ad interpretationem nostram,* quæ certè nullam patitur difficultatem. Nam quod supradiximus, verba illa, Manumissus, vindictaque liberatus non fuerit.] disiunctiuè sumenda, non obstãt, nam id verum est præsupponendo quòd vindictæ manumissio nihil differat ab alijs modis manumittendi, sicut hodie non differt, sed si præsupponimus differre, vt tempore Scæuolæ differebat, tunc verba illa, Manumissus vindictaque coniunctiuè, vel expositiuè, manumissus, id est, vindicta liberatus, accipientur &c. ne illa verba quę maximum iuris continent mysterium, vacare, & superfluere dicamus. Nec hoc possumus dicere in *ista leg. Seruo manumisso*, quòd illa verba, Si ad libertatẽ ex testamento peruenerit.] notent iuris misterium quod in loco Vlpiani supra citato etiam dicatur, ciues Romanos fieri eos, qui testamento manumittuntur, quia cum hic præsupponatur ingenuus, id est origine sua liber, adeò vt nulla manumissio aliquid maius continere possit, illa verba, Si ad libertatem ex testamẽto peruenerit, nullum iuris mysterium denotant, cui per æquipollens, & longè potentius satisfactum non sit.

Hic tamen noster intellectus videtur habere in hoc difficultatem, quod manumissio, quæ fit per legem, plenissima debeat esse, vel saltem eiusdem effectus sit, cuius esset, si ab eo, qui manumittere debuit, fuisset seruus manumissus, argu. *l. 3. ff. qui sine manumissio* ibi. Perinde haberi, ac si ab eo, à quo debuit manumitti, manumissus esset. Sed cum *Vlpian. loco supra allegato in illo suo libello*, legis manumissionem non expresserit, inter eas manumissiones, quæ plenissimam libertatem concedunt, verisimile est, vt non ita plena sit sicut ea, quę per vindictã fit, ideò fortè dici potest, illud verbum, perinde, quod ponitur in *dict. l. 3.* procedere, vbi lex supplet manumissionem, in vulgaribus, scilicet manumittendi modis, non tamen suppleat in ea manumissione, quæ vindicta fieri debeat. Quod ciuitas Romana solennitatibus dari cõsueuerit.] Vt inquit text. in *l. 2. C. de his, qui in Ecclesi. manumit.* quæ solemnitates in manumissione per vindictam verisimile est interuenire solere, cùm per eam plene ciuitatem Romanam seruus cõsequatur: nulla enim erat plenior datio libertatis, quam per vindictam, vt patet ex *Tacito lib. 13.* qui ita inquit. Quos vindicta patronus non li-
„ berauerit, velut vinculo seruitutis attineri. Nã
„ & aliter manumissus vindicta iterum manumit-
„ tebatur, vt apparet ex *Plinij Epistol. lib. 7.* ibi. Si vo-
„ les vindicta liberare quos proximè inter amicos manumisisti. Quod fortè ex libertate, quæ per dictam constitutionem conceditur nõ contingit, nisi quando à lege ob præmium libertas seruo conceditur, tunc enim plenissima libertate donatur, vt *l. 2. C. ex quib. cauſ. seru. pro præmio liber. acci.* quia illi vindicta solent liberari. Imò ipsa vindicta à Vindicio, qui primus ob patefactam proditionem liberatus est, ortum habuit, vt apparet ex *Liuio lib. 2. primæ Decade.* facit text. in *l. 2. in. §. & cum placuisset.* vbi glos. *ff. de origi. iur.* alij virgulam Prætoris vocant vindictam. De hac manumissione latissimè *Conan. lib. 2. iuris ciuil. cap. 4.* ex cuius dictis confirmatur sententia nostra, aliàs vero non facilè manumissi ciues Romani fiebant, vt patet ex dicto libello *Vlpiani in titu. de libert. & titu. de Latinis.* Quod enim aliqui dicunt manumissionẽ per vindictam non suppleri ex cõstitutione in *isto §. Flauius Hermes*, quod eius animi esset donator, vt non solum seruus liber esset, sed quod eius libertas magis innotesceret, placere non potest, cum hoc leue admodum sit, vt cesset D. Marci constitutio.

Quarto modo potest intelligi text. *in dict. §. Flauius.* vt eum eleganter intellexit *Iaco. Cuia. l. 1.* *4. Intellec. ad dict. §. Flauius.*
obseruat. cap. 19. quod ideò ibidem ex mora ma- 25
numittere debentis, non intret constitutio Diui Marci, quod ea constitutio ad seruos manumissionis causa venditos tantum pertineret, vt sentit text. in *l. Paulus respondi. ff. de lib. cauſ.* vbi in. *§. idem respondi*, dicitur, quòd libertatis fauore extenditur constitutio: vt non solum in venditis libertatis causa, sed in proprijs seruis pro quibus manumittendis quis pecuniam accepit, quasi in venditionis loco foret, locum habeat. Et ita licet postea ad donatos libertatis causa dandæ extendatur constitutio, vt. *l. 1. C. si mãcip. ita fuerit alienatum.* id tamen fuit post Scæuolam, per *Alexandrum in dict. l. 1. ex responso Papinia. l. pe. ff. qui sine manumissio. ad liberta. per.* & facit resp. *eiusdem Papi. in. l. causam. in princi. ff. de manumissioni.* & secundum istam extensionem respondet *Vlpianus in l. si rogatus. in. §. sed si hac lege. de manumiss. vindict.* Sed etsi hac lege ei seruus fuerit donatus, vt manumittatur: permittẽdum erit manumittere, ne constitutio Diui Marci superueniens cunctationem Consulis dirimat.] *Et idem Vlpia. & in l. illud. in §. si quis minori. eo. titul. & in l. si pecuniam. in §. si seruum quis sup. de condi. ob cauſ.* ibi Constitutio succedit.] Quæ extensio tempore Scæuolæ, qui tempore Marci, cui in legibus sanciendis in consilio affuit, nondum erat facta, quamuis ipsemet Scæuola dictam constitutionem vidit, & interpretatus est, vt in *l. verum. in. §. quod si minor. sup. de mino.* vt not. *idem cuiat. li. 10. obserua. c. 21.* Ideò cum in seruo libertatis causa donato, *Scæuola in dict. §. Flauius* loquatur, non potuit ex mora succedere libertas, quæ ex constitutione, quæ ad seruos venditos pertinebat, competere solet, cùm extensio ad donatos nõdum eo tempore facta fuisset: & vid. text. *in l. Titius. ff. de actio. empt* & hic intellect. est subtilis & optimus, à Cuiacio satis cum iudicio, vt solet, excogitatus, & ex his satis est responsum ad

dict. l.

dict.l.qui Romæ.in §.Flauius Hermes.

Non obstat etiam textus *dict.l.4.ff.de manu.te-*
26 *stament.*quia respondeo: quod licet conditio, si liber sit, soleat esse præambulum legari, vt *dict.l.seruus*; tamen ibi ea conditio, si eum vindicta liberauero, talis non erat, quia aliàs sibi libertas in testamento erat relicta, ideò omnino voluntaria fuit conditio, quare ad necessarias conditiones, qualis est ista, de qua in text. nostro trahi non potest, ex eo tamen quod ea conditio solet, esse præambula legari, & erat conditio in potestate testatoris, sufficit per æquipollens impleri, vt si eum manumiserit, etiam alio modo quam vindicta, videtur emanumissio, humanitatis intuitu, in locum manumisionis per vindictam subrogata, sicut & aliàs fit subrogatio ex aliquibus coniecturis, vt in *l. Filiæ suæ. §. Titia ff de condit. & demonstrat.* at in specie nostri text. cum hæc conditio, Si liber ex testamento fuerit] si præordinata ad legatum, sufficit esse quocumque modo liberum, vt non videatur defectus conditione, licet modo expresso liber esse non posit.

27 *Singularis huius legis intellectus.* Quid igitur ad istam l. respondemus; in qua, tanquam deficiente conditione repetitur legatum? Respõdeo singulariter ad l. nostram, quòd in specie istius text. non repetitur legatum solutum, tanquam indebitum, quia defecit ex impossibili conditione, sed quia, Senatus censuit, vt, qui post manumisionem originem repetierint, ea, quæ de domo manumissoris habent, ibi relinquant] Tex. est in *l.1.C.de de ingen. & manumiss.* idque in legatis, & fidei commisis à manumissore sibi relictis procedit. Inquit enim tex. In qua causa etiam legata, vt liberto data esse iuris prudentibus placuit.] Et ille tex. loquitur in specie nostri text. in eo, qui in testamento fuit manumissus. fac. tex. in *l. fi. in princi. C. quibus ad liberta proclama. non li.* inquit text. Si quis in libertatem proclamauerit, id quod apud se esse eius, qui se dominum dicit, profitebitur, quoniam non de eo dubitatur, reddi, ac referri protinus iudex pronunciabit.] Ad idem text, in *l. 3. ff. si libert. ingen. esse dicat.* vbi gl. text. etiam in *l.1.ff. de iure aure. anulo.* casus in *l. de bonis. ff. de liber. caus.* inquit tex. De bonis eorum, qui ex seruitute, aut ex libertinitate in ingenuitatem vendicati sunt, Senatus consultum factum est, quo cauetur, de his quidem, qui ex seruitute defensi essent, vt id duntaxat ferrent, quod in domum cuiusque intulissent, in eorum autem bonis, qui post manumissionem repetere originem suam voluissent, hoc amplius, vt quod post manumisionem quoque acquisissent, non ex re manumissoris secum ferrent cætera bona relinquant illi, ex cuius familia exijssent.

Sic in nostro tex. legatum non repetitur ex eo, quia ex impossibili conditione defecit, legatario existente ingenuo, sed quia repetiit originem suam, & istum intellectum, vt verum sit neminem Accursio melius leges intellexisse, sensit glos. à doctoribus non cõsiderata, in *dict. l. 1. C. de ingenu. & manumiss. & glos. in l. si intra quinque. ff. de iure aure. anulo. & gloss. in dicta. l. de bonis,* ad quas nullus doctorum aduertit. ex quo infertur cõtra mentem omnium doctorum, quod etiam si in præsentia esset verè defuncti seruus, & sic conditio esset impleta, quia fuit liber ex testamento, tamen priuaretur legato, si repetierit originem suam, prout hic repetijt, quia videtur ingratitudo quædam, ob quam legato meretur priuari. Est in simili bonus tex. in *l. patrem. C. de nupt.* vbi liberaliter præstitum, etiam ob pietatem, ratione similis ingratitudinis potest reperi. inhumanum enim esset, vt is contra eum, quem semper pro domino habuit, erecta ceruice eiusdem munere lætetur, argu. *l. 2. C. de lib. & eorũ lib. & l. alimenta. in fi. ff. de libe. agnoscen. & l. fi. s. ĩ materia. C. de reuo. dona.* fac. tex. singularis in *l. 2. ff. de operi. public.* vbi si donatarius quasi detrectans donatorem, insignia vel arma eius in re donata existẽtia abrasent, vel deleuerit, donatione priuatur, sic in proposita specie, cũ iste repetẽdo originem, dedignetur esse defuncti libertus, eius legato, vel liberalitate debet priuari. Ratio autem constituendi *istam l. Seruo manumisso,* post dictas constitutiones, ne sit superflua, est, quia per Senatusconsultum de quo supra, non erat cautum quo remedio repetantur donata, vel legata à manumissore: & ideò eleganter *Papinianus in ista l. seruo manumisso.* Respondet, quòd per condictionem indebiti repetuntur, ob quam rationem eius responsum ponitur in hoc tractatu de condit. indebit. Si enim de conditione impossibili *Papinianus* tractaret, vt malè doctores interpretantur, non pertineret eius responsum ad istum tit. sed ad titulum. *ff. de condi. & demonstra.*

Quinimò si præsupponeretur legatum esse nullum ex defectu cõditionis, nihil afferret iste tex. dignum Papiniani ingenio, quoad materiam condictionis indebiti, cum ex vulgatis regulis sit expressum legatum indebitè solutum repeti condictione indebiti. Secundum verò nostram interpretationem Papinia. responsum est de re non parum difficili, quia à principio legatum fuit debitum, antequam repetat originem suam, & sic tempore solutionis fuit debitum; ergo non potest competere condictio indebiti: cõdictio enim indebiti cõpetit sũd quod soluitur tempore solutionis est indebitũ. Quando vero postea indebitũ efficitur, competit condictio sine causa, vt in *l. Dalmis. de condi. indebi. & l. is cui isto. eo. tit.* not. glo. in *l. 1. ff. de condi. ob turpẽ causam.* & tamen *Papin.* respondet, quod detur condictio indebiti. Sed quare? cũ verius videatur vt condictio sine causa detur, quę competit, quando causa repetitionis superuenit, vt hic contingit ex facto, & ingratitudine serui originem suã repetentis.

Sed his possumus respondere. Primo modo, quod non est nouum vt condictio indebiti cõcurrat cum condictione sine causa, vt in *l. præstitu glo. ff. de condit. fine caus.* & id videtur sentire ipsi Pa- 28 *Quare hic detur inde biti condictio.*

Franc. Sarmientus.

 pinianus,

pinianus,in l.ex his omnibus.ff.de condictio.indebit. sed hoc non placet, quia sibi concurrunt, condictio indebiti, & condictio sine causa, ex eo est, quia condictio sine causa trahitur ad condictionem indebiti, & hoc regulariter, cum detur etiam ex causa præcedenti, & etiam subsequenti, vt in *l.nihil refert.ff.de condictio.sine caus.* vbi *African.* inquit, Nihil refert vtrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quã datum sit, secuta non sit.] Non tamen è contrario, vt condictio indebiti detur ex causa superuenienti. Ideò dicamus fatendo contrarium, quod condictio indebiti datur ob causam de præterito tantum per supradicta, & quod ita est in ista lege, quia licet ex futuro euentu videatur effici indebitum, scilicet ex originis repetitione, tamen dico, quòd à principio indebitum fuit solutum, cum quasi liberto fuerit relictum, *vt dict. l.* sibi. in qua causa legata, vt liberto data esse iuris prudentibus placuit.] Libertus autem quoad hoc non dicitur ille, qui vere est libertus, sed & ille, qui licet sit ingenuus, manumissus non repetijt originem suam, quia prædictæ leges ponentes Senatusconsultum, nullam vim faciunt in eo quod sit libertus, vel ingenuus, sed in eo solo, an repetierit originem suam, siue verum, siue falsum prætendat, quia sola petitione negat se libertum, & per consequens indebitè solutum legatum, tanquam liberto relictum, initio enim litis de origine motæ iubet lex talia restituere: tex. expressus *l.fi.C.quibus ad liber.proclam non licet.* repetitio ergo originis non tam est causa condictionis largitatis à patrono sibi facta; quam declaratio defectus, qui inerat à principio, cùm sit quasi liberto datum, bene ergo condictio indebiti, datur, cum causa repetitionis insit tempore solutionis factæ, licet eius declaratio tempore repetitionis originis fiat.

Quis dicatur libertus quoad istam legem.

Sic ergo in casu nostri tex. repetitur, nõ quia conditio impossibilis fecit legatum deficere, sed quia legatarius repetijt originem suam, in qua specie repeteretur legatum, etiam si verè esset impleta, quia esset testãtis libertus, si originem suam repeteret, & hic est verus intellectus, singularis & necessarius ad nostrum text. cõtra doctores. Nec iste intellectus incidit cum intellectu communi doctorum, quia tenendo intellectum communem, siue iste repetat originem suam, siue non repetat, si ingenuus verè sit adquè vel hæres ostendat, quasi defectus conditione, legatum non habebit. Sed secundum dictas leges & interpretationem nostram, etiam si verè ingenuus fuerit, si tamen ipse non repetat originem suam, legatum habebit, & per cõtrarium, etiam si verè conditio impleta sit, quia ex testamento cõsequutus sit libertatem, amittet legatum, si se ingenuum contenderit: & licet in hoc, quando verè esset libertus, nec obtinuerit in causa ingenuitatis, videatur sentire Pomponius, quòd non amittat legatum, in *l.3.ff. si liber. ingenu. esse dicatur,* dum ita inquit. Hoc sermone agnitis natalibus, de nullis alijs intelligendum est Senatum sensisse, quàm de ingenuis.] tamen credo, quòd sufficit natales ingenuitatis repetisse etiamsi non obtinuerit, arg. *l. 1.ff.de iure aur. annul.* Sed in hoc non consistit nostri tex intellectus, cum hic in lite ingenuitatis obtinuerit.

Conditio impossibilis non vitiat vt ubi l.

Item notandum est quòd legatum factũ liberto differt in hoc à legato facto cõsanguineo qui si vere consanguineus sit, habebit legatum, si verò non sit, non habebit legatum, *vt in l. nec apud. & l. si pater. C. de hæredi.instit.* etiam si se pro consanguineo gerat, quia veritas in hoc, non quid ipse alleget, attẽditur: legatum ergo quod Liberto relinquitur eam interpretationem recipit, nisi se libertum esse neget, vt dictum est. Ideò si neget, indebiti legati datur repetitio, quasi cõditione deficiente: & ita repetitio originis, licet sit causa repetitionis legati, vt in dictis legibus, tamen ea est causa mediata, quia immediata hæc est. quòd non libertus est, & tanquam liberto ei datum videatur, & licet esse Libertum, vel non in ista materia attendatur ex originis repetitione, tamen causa proxima est, quia vt Liberto datum esse intelligitur, *dict. l. 1. & fi.* licet inspecta repetitione originis videatur danda condictio sine causa. tamen inspecta causa, testamento cohærente, quia vt liberto est datum, dabitur indebiti condictio, quæ causa potiùs debet inspici.

Semper enim causa proximior, & immediata præfertur, & consideratur *l.socium qui in eo. in. §.1.ff.pro soc.* per *Bart. l. sed si plures. §. in arrogato. de vulga.ff fac. l.inter causas. §.non omnia.ff.manda*, etiã si sit causa illa immediata sine remotiori inualida, prout hic erat, inspici debet, non remota, & à qua, illa proxima, & immediata sortiatur suum effectum, sicut optimè probatur in illa subt. *l.vnic.C.si seruus extero se emi manda.* & alibi in contractibus innominatis ex conuentione, non ex implemento dicimus nasci actionem, licet ex implemento sumat vires, nec ante, producatur, vt in *l.ex placito permutationis. C de rerum permutat. & in alijs actionibus.* Sic actio de peculio, quæ aucto peculio datur, ex anteriori causa competere dicitur *in l.quæsitum.§.is qui.vbi nota.ff.de pecul.* & aliàs dicimus ex negocio gesto dari actionem sequuta ratihabitione, non ex ipsa ratihabitione, licet ante ratihabitionem in illis negocijs non detur, *vt in l.si pupilli.in.§.Item quæritur. ff.de nego.gest.* vbi notat *Bart.* idem *Bart.in. l.qui in aliena.in princ.col. fi.ff.de acquirend. hæred. Bart. & doct.* contra glos. ibidẽ *in l. si pecuniam. C. de neg o.gest.* bene ergo in præsenti inspecta causa proximiori legandi, & quæ legato cohæret, cõpetit condictio indebiti, licet ex originis repetitione sumat vires, sicut in dictis legibus cõtingit. Quia debemus inspicere causam ex qua aliquid producitur, non autem causam ab quã producitur, vt dictum est. secundum istum intellectũ, hoc subtile Papiniani responsum pertinet ad tractatum de condictione indebiti, in quo rectissimè collocatur, & cessant õnia, quæ

Causa proxima est inspicienda. Latissime Tiraquell. cessan. caus. 2. limitat.

de im-

de impoſsibili conditione ad iſtam legem doctores commenti ſunt, nec minus quàm alij, falſus eſt *Emanuel de Acoſta*, vir alioquin doctiſſimus, qui *lib.1.Selecta,interpretationum. c.9.* facilè à communi opinione & intelligentia diſcedit, ſed dum quid ipſe ad iſtam legem afferat, interpretatur, ita ſe inuoluit, vt quid ſibi ipſe velit, credam non intellexiſſe ſatis, dum à communi ſententia diſcedit, & ſuam nullo modo conſtituit. Sed tempus eſt iam, vt legem noſtram cum ſeruo ſuo ante hac malè manumiſſo, nunc verò clariſsimis ſuis natalibus reſtituto manu noſtra emittamus.

CAP. II.

De eadem re, & quando defectus conditionis poteſtatiuæ vitiet diſpoſitionem, & an conditio dandi ſit poteſtatiua.

SVMMARIVM.

1 *Conditio impoſsibilis, quæ per æquipollens eſt impleta, vel impletur, non vitiat.*
2 *Conditio impoſsibilis, cuius defectus, ſi poſſibilis eſſet, non vitiaret, nunquam vitiat diſpoſitionem.*
3 *Nouus intellectus ad l. in omnibus. in §. in teſtamento, de leg. 1.*
4 *Quando poſsibilitas ponitur in conditione, impoſsibilitas ſemper vitiat.*
5 *De intellect. l. ſi Mæuia. ff. de hæredib. inſtituendis.*
6 *De intellect. l. Mulcta. in §. ſi ſeruos. ff. de condi. & demonſtrationib.*
7 *Iuris conſultorum opiniones contrariæ in iſta materia.*
8 *Impoſsibilis conditio ſecundæ ſpeciei adiecta à ſciente, efficitur primæ ſpeciei.*
9 *De intellect. l. Quæ ſub conditione. in. §. quoties. ff. de condi. inſtitutio latiſsimè.*
10 *Quæ ſint conditiones poteſtatiuæ.*
11 *Conditio dandi an ſit poteſtatiua, vel mixta, late diſputatur.*
12 *De intellect. l. ſi. ff. de condi. inſtitutio.*
13 *De intellect. l. vni. in. §. ſin autem ſub conditione. C. de cadu. toll. & iterum in ſi. eiuſdem.*
14 *Non poteſt dari certa regula, vt cognoſcatur conditio poteſtatiua.*
15 *Conditio poteſtatiua, ſi deficit caſu, vitiat diſpoſitionem.*
16 *De intellect. l. inde Neratius. §. idem Iulia. ff. ad. l. Aquil. & ſupra, num. 7.*

QVia conditionum tractatus valde vtilis eſt, & in omnibus ferè iuris partibus verſari ſolet, nam & contractibus, vltimis etiam diſpoſitionibus, alijs ve hominũ actibus paſſim conditiones adijciuntur, ideo operæpretium erit non omittere, ſi quid in hac re dignum interpretatione fuerit: & vt in præcedenti capitulo diximus, conditiones quæ generaliter & ſemper ſunt impoſſibiles, raro in diſpoſitionibus ſe offerunt, & earum tractatus facilis eſt, illarum vero, quæ non generaliter ſunt impoſſibiles, ſed
1 per ſuppoſitionem, vtilis valdè eſt, & neceſſaria cognitio, in quo ex præcedentibus optima regula eſt conſtituta, quòd in conditionibus aliquid fieri non poſſe, non vitiat diſpoſitionem, ſi id iam factum fuerit per æquipollens, vel poſtea fiat. *1. Regula de conditionibus.*

Secunda etiam regula conſtitui poteſt, quod vbi conditio ipſa, iſto modo impoſſibilis, diſpoſitioni adiecta, eſt talis, quæ ſi poſſibilis eſſet & deficeret, non vitiaret, eadem ratione ex eo quod ſit impoſſibilis, non vitiat diſpoſitionem. 2 *2. Regula.* Exempli cauſa, teſtator in ſuo teſtamento ita diſpoſuit: Titio ſi Stichum ſeruum ſuum manumiſerit, lego centum, vel eum hæredem inſtituo, ſi antequam in mora manumittendi eſſet Stichus deceſſerit, non videbitur defectus conditione, quia conditio eſt poteſtatiua, cuius defectus ſine culpa implere debentis, non vitiat: tex. in *l. quæ ſub conditione in §. quoties, ff. de condi. inſtitutio.* finge iam tempore facti teſtamenti inſcio teſtatore mortuum fuiſſe Stichum, certè impoſſibilis fuit conditio adiecta, quam teſtator poſſibilem exiſtimabat, quæ ſecundùm regulam conſtitutam à doctoribus in *l. ſeruo manumiſſo. ff. de condi. indebi.* de qua in præcedenti. latè tractauimus, vitiabit legatum, quod nemo dicere iure poterit, ſi enim vere poſſibilis deficiens non vitiat, quare impoſſibilis vitiabit, & certe non vitiat, ſi regula quam ex Vlpiano in cõditionibus poteſtatiuis doctores colligunt vera eſt, quia ita inquit, in *dicto. §. quoties.* Implenda eſt enim volũtas ſi poteſt] Nec intereſt, quòd ea lex potius loquatur in modo, quam in conditione, quia vt doctores admittunt, idem eſt in conditione. vt in. l. turpia legata in. §. *ſed & ſeruu. ff. de lega. 1.* *De intellectu l. quæ ſub conditione §. quoties & latiſsime infra. nu. 9.*

Ex iſta regula poteſt vltra doctores aſsignari nouus intellectus ad tex. in *l. ab omnibus. in §. in teſtamento. ff. de lega. 1.* quod ideò ibidem conditio impoſsibilis de reddendis tabulis, quæ nunquã fuerunt in rerum natura, legatum non vitiat, quia ſi eſſet poſſibilis, eſſet poteſtatiua, ideò ſi impleri non poteſt legatum non vitiatur, licet intellectus poſitus in capitulo præcedenti ſit etiam verus. 3 *Nouus ſenſus ab omnibus. §. in teſtamento. ff. de legat. 1.*

Tertia regula conſtitui poteſt, quæ clara eſt, licet nullus eam ponat, nec interpretetur, imò ex eius ignoratione malè ſæpiſsimè erratur, quę talis eſt. Impoſſibilis conditio in ſpecie ſemper vitiat, quando non ſolum factũ ipſum, ſed eius poſsibilitas explicite, vel implicite ponitur in cõditione, exempli gratia: ſi rex Parthorum vixit, vel viuet, quia, vt ſtatim dicemus, idem eſt, ſi iam eſt mortuus impoſſibilis eſt conditio, ſed quia ita teſtator voluit in euentum vitæ legare, legatum eſt inutile conditione deficiente: & ſicut attẽdẽda eſſet cõditio, ſi ita dixiſſet, ſi poſsibile eſt regem Parthorum viuere, lego centum, ita & in ſpecie ſupra dicta, quia hoc continet, quaſi diceret, ſi non eſt mortuus lego, & ita intelligitur tex. in *l. cum ad præſens. ff ſi cer. pet.* ſic intelligetur tex. in cuius interpretatione doctores ſe inuoluunt. in *l. ſi Mæuia ff. de hæredi. inſtituen.* vbi ita inquit *Vlpian.* Si Mæuia mater mea, & Fulci- 4 *3. Regula.*

5 *De intellectu l. si Meuia ff de hæredi. instit. & inf. num. 8.*

nia filia mea viuent, tunc mihi Lucius Titins hætes esto, Seruius respondit, si testator filiam numquàm habuerit, mater autem supetuixisset tamen Titium hæredem fore: quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet.] Quoad Fulciniam filiam, quia nunquam fuit in retum natura: impossibilis est condinio primæ speciei, ideo omnino reijcitur, vt diximus cap. præcedenti, & in *hac. l. si Meuia*, apertè dicitur, Quoad mattem vero, quia verũ est viuere, valet legatum, quia impleta est condinio. Quòd si iam mortua esset, apertè sentit Alphenus hæredem Lucium Titium non esse.

Contra Emanuel. de Acosta.

Et licet *Emanu. de Acosta, in lib. 1. Selecta. interpretatio. cap. 11. contra Acursium*, contendat illa verba, viuent, futurum respicere tempus, non præsens, tamen vanus est ipsius labot, cum enim non ponatur terminus quo viuat, sufficit vnicum momentum, post tempus quo loquitur testator, vt in *l. si quis hæredem. C. de institutio. & substitutio. sub condit. fact.* Ideò optimè *Accursius* ad præsens tempus refert, cum futurum sufficiat ita breue, vt à præsenti secerni non possit, & ita tex. in *dict. l. si Meuia.* claram habet interpretationem.

6 *De intellect. l. multa. §. 1 ff. de condit. & demonst. & infr. nu. 8.*

Sed Pomponius hæc omnia turbare videtur teferendo Neratij & Scæuolæ sententiam in. *l. Multa in. §. 1. ff. de condi & demonstra.* vbi ita inquit *Pomponius*: Si setuos cettos, qui mamumisisset, hætes esse inssus esset, quibusdam ex his antea mortuis, Neratius respondebat, defici eum conditione, nec æstimabat parere posset cõditione, necne.] Id est non curabat, quod impossibilis esset ea conditio: & ita est tex. in quo factum impossibile ponitur In conditione, & vitiatur dispositio; rursus est conditio potestatiua, quæ ex regula secunda supra posita, si sit impossibilis, non vitiat. Rursus difficilius est quod subsequitur in *dict. l. in. § si seruos*, vbi subdit *Pomponius*: Sed & Seruius respondit, cum ita esset scriptum si filia, & mater mea viuent, altera iam mortuali non defici conditione, idem est apud Labeonẽ scriptum. Sabinns quoque, & Casius quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas, pro non scriptis esse, quæ sententia admittenda est.] Ecce vbi ponitur species eadem, quę in *dict. l. si Meuia*, nisi quòd ibidem filia numquã fuit in retum natura, hic vero mortua erat, & hic in, *l. multa conditio*, si viuent, vt impossibilis reijciturat in *dict. l. si Meuia*, non reijcitur, quoad eam, quæ fuerat semel in rerum natura, nec in dicto Neratij quod refert *Pomponius in principio tex.* quid igitur in hac varietate dicemus.

Si non esset nimis noua hæc opinio, forsan verissimè dici posset, inter iurisconsultos variã, & diuersam, siue contrariam esse sententiam: imprimis sententia est clara Neratij, conditionẽ de mannmitendis seruis, qui certe iam erant mortui, efficere vt vinetur dispositio, nec curat Neratium id impossibile esse, ex quo iuncta regula secunda suptaposita apparet Neratium velle, quòd conditio potestatiua casu defecta, deficere faciat dispositionem, quod non obscure voluit etiam *Vlpia, ex Iuliano, in l. inde Neratius in. § idem Iulianus. ff. ad. l. Aquil* dum eum referendo inquit. Idem Iulianus scribit si institutus fuero sub conditione, si Stichum manumisero, & Stichus sit occisus post mortem testatoris, in æstimatione hæreditatis pretium me consequututum, propter occisionem enim deficit conditio. Ecce text. in quo conditio potestatiua manumittendi Stichum, occisione Stichi, & sic casu deficiens, facit deficere dispositionem.

De intellect. l. inde Neratius, in § idem Iulianus. ad leg. Aquil. & infra, nu. 8. 11 & 16.

7 *Reprobatur intellectus doctorum.*

Nec placet intellect. *Socini & aliorum in l. in testamento. 2. ff. de condi. & demonst.* quod ibi nõ deficit ex morte naturali serui, sed accidẽtali, quia id ridiculum est, si veta esset regula, quòd conditio potestatiua nũquam impedit, quãdo non potest impleri sine culpa illius, cui adijcitur, vt doctores volunt: rursus peius est quod *Socinus in dict. l. in Testamento.* dicit, quod licet ibidem habeatur pro impleta, non tamen vt euitetur pœna, quia hæc solutio est contra infinitas leges, quæ vulunt factum, vel implementum legis, etiam ex culpa mea, excusare à pœna in *l. fina. C. si mancip. ita fuer. alia & l. Causam. in princ. & §. puellam ff. de manumiss. & alijs legibus*, de quibus vidimus in cap. præced. maximè quia ibi in id quod interest connumeratur hęreditas ex eo, quia defecit conditio. Vult ergo. *Vlpian.* conditionem potestatiuam non haberi pro impleta, etiam si impleri casu non possit. mitto in hoc omnes iurisconsultos concordare, quod vbi stat per eum in cuius persona conditio debet adimpleri, tunc semper pro impleta habetur. vt in *dict. l. In testamento. & in. l legatum. & in. l. 1. C. de conditio. insert.* quæ in mistis cõditionibus, & sic in fortioribus terminis loquuntur, sed quando per casum quis impeditur, *Vlpian.* apertè vult non haberi pro impleta conditionem potestatiuam, *in dict. l. Inde Neratius.* Nec aliquis obijcere poterit eundem Vlpian. aliud expressè voluisse in. *l. qua sub conditione. in. §. quoties. ff. de condit. insti.* quia veriùs est non in conditione, sed in modo eum loqui. vt latiùs ostendimus supra in præcedenti lib. in interpretatione l. si quis pro eo. ff. de fideiusso. Denique in hoc contrarij sunt Vlpianus & Pomponius, vt in *l. turpia legata. §. sed & seru. ff. de lega. 1.* vbi conditio, si seruum manumiserit, eo mortuo, habetur pro impleta. Secundum *Pomponium ibidem*, sed secundum *Vlpianum in dict. l. Inde Neratius.* habetur pro defecta: pro Vlpiano stat *Iulianus relatus ab ipso, Neratius in dict. l. Multa. § si seruos*, pro Pomponio alij quos ipse ibi refert, nam responsum Neratij reprobatur in ea, *l. secundum doctores ibidem.* Sed vt minus quam fieri posit à receptis opinionibus recedamus, constituamus quartam regulam.

8 *4. Regula.*

Sit igitur quarta regula singularis, quam nullus interpretatur, nec est assequutus, etsi sit clara & vera, & de mente legum, nec distans ab opinione doctorum. Omnis conditio impossibilis secundæ speciei, efficitur impossibilis primæ speciei, si non ab ignorante adijciatur. Exempli gratia, si Titius viuit, vel viuat, lego

Caio

Caio centum, vel si Stichum manumiserit: Titio iam mortuo, vel Sticho, impossibilis est conditio secundæ speciei, non primæ, quia quod homo qui fuit productus à natura viuat, non est impossibile in vniuersum, vel simpliciter, sed ex hypothesi seu suppositione, si iam est mortuus. Sed si me sciente Titium, vel Stichum esse mortuum, hæc adijciam, si Titius viuat, vel si Stichum manumiserit, pro eo est ac si dixissem si Titius, quem scio mortuum viuat, vel si Stichum, qui iam est mortuus, manu miserit, certè per suppositionem est effecta hæc conditio impossibilis primæ speciei, & secundùm regulas illis erit censenda, & ita omnino pro non scripta habetur. Sic in *dict. l. si Mæuia.* quoad filiam cōditio erat impossibilis primæ speciei, quia numquam fuit in rerum natura, at in *dict. §. si seruos.* necesse est, vt dicamus in specie ibi à Seruio positas conditiones, quæ de se erant secundæ speciei, quia à testatore sciente fuerint adiectæ, effici primæ speciei, in specie verò Neratij, *si* velis vt non corrigatur, erat omnino secundæ speciei cōditio, cum ab ignorante fuerit adiecta.

Iurisc͡osultorum contrariæ opiniones.

Quod si quis hanc intelligentiam diuinationem continere existimet, vel meliora afferat, vel negare non poterit esse iurisconsultorum variam sententiam, atque contrariam, & *Pomponius* nimium suæ opinioni fauens, Labeonis Sabini & Cassij sententiam nimis forsan generaliter adduxit: quinimò inter Vlpianum, & Pomponium, nescio quis posset negare esse cōtrariam sententiam: quod si quis meam roget, ab Vlpiani opinione nullus me posset dimouere, & quod ei maximè faueo & valdè sum affectus, delectorque eius mirabili ingenio, & quòd vbi conditio ab ignorante adijcitur, non solum factum ipsum in conditione, sed & facti possibilitas, vt sic dicam, adijci videtur, & quod si Pomponij generalis regula admittatur, quam ponit *dict. §. si seruos.* non multum aberit, quin existimemus conditiones de præterito, in vltimis voluntatibus semper reijciendas fore: ita vel siue existant, quia existunt, siue non existant, quia sunt impossibiles, semper valeat dispositio: quod verum esse non potest, vt. *l. cùm ad præsens ff. si cert. pet.* & est in vltimis voluntatibus expressum in, *l. 3. in. §. si patronus. versi si tamen. ff. de bon. libert.* vbi text. inquit: Si tamen in præteritum collata sit conditio, vel ad præsens, non videtur sub conditione institutus, aut enim impleta est, & pure institutus est, aut non est, & nec hæres institutus est.] Quod etiam probatur in. *l. 2. ff. de hæred. instituend.* ibi: Si non est à Titio scriptus neque Seius ab eo, neque immerito. Hic n. creditur in esse conditio,] & in *l. cum in secundo. ff. de inius. to rupt. & in l. fi. ff de bono. poss. secund. tabu.*

Quod si quis cauilletur Vlpiani responsum in in *dict. l. inde Neratius.* non de conditione impossibili ab initio, sed de ea, quæ postea fiat impossibilis, loqui, nihil efficiet. Quia vt sæpe in cap. præcedenti diximus, & ex regula secunda suprapposita colligitur id, quòd si fiat postea impossibile non vitiat, multo minus vitiabit, si sit impossibile ab initio, ex Trebatij sentētia apud *Iabole. in l. Stichum Titio. in §. si Stichus ff. de statu libro* Distinctio autem illa vtrum seruus naturaliter moriatur, vel ex accidente, vt per mortem serui manumittendi conditio vel deficiat, vel habeatur pro impleta, admitti non potest, cum in vtraque specie quoad personam implere debentis casus sit, qui ei non possit imputari, nec inter vnum vel alterum casum possit ratio diuersitatis ostendi: & vt supra diximus, si legis voluntas succedit pro implemento, cessat pœna: nihil igitur efficit quòd in specie Vlpiani, in seruo occiso, possit ab occidente, id quod interest consequi: non enim hoc mutare poterit, vt conditio potestatiua haberi debeat, vel non, pro impleta.

9 De interpreta. leg. quæ sub cōditione. §. quoties.

Sed vt res hæc penitus intelligatur, videamus iterum de intellectu supradicti responsi Vlpiani in *dict. l. qua sub conditione in. §. quoties. ff. de condi. institu.* ex quo doctores colligunt, quod si conditio potestatiua casu deficit, habetur pro impleta. Inquit *Vlpian.* Quoties hæres iurare iubetur daturum se aliquid, vel facturum, quod non improbum est: actiones hæreditarias non aliàs habebit, quam si dederit vel fecerit id quod erat iussus iurare. Mortuo autem vel manumisso Sticho, viuo testatore: qui ita hæres institutus est, si iurasset se Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione: quamuis verum sit, compellendum eum manumittere si viueret. Idem est & si hæres institutus esset quis: Titius hæres esto, ita vt Stichum manumittat. aut, Titio centum ita lego, vt Stichum manumittat. Nam mortuo Sticho, nemo dicet summouendum eum. Non videtur enim defectus conditione, si parere conditione non possit. Implenda est enim voluntas, si potest.] Circa primam huius responsi partem, quæ est vsque ad versi. Idem est notandum est, siue iusiurandum per viam modi, siue conditionis ponatur, nihil interesse, siue enim testator dicat Titium hæredem instituo, si iuret se Stichum manumissurum, siue dicat Titium hæredem instituo, quem grauo vt iuret se Stichum manumissurum, idem est vt iurisiurandi necessitas remittatur, & id, quòd iurare iussus est, implere teneatur, idque non vim conditionis, sed modi habebit: quia vis cōditionis non obligat, nec cogit, vt *l. si quis sub conditione. ff si quis omiss. caus. testa.* sed suspendit, vt antequam impleat, non sit hæres, *l. cedere diem. de verb. signi. quod* vtrūque cessat in *dict. § quoties.* quia & cogi potest vt dicit tex. Compellendum eum manumittere, si viueret.] Et in *l. non dubium. in. § hæres. ff de leg. 3.* inquit *Caius*: Hæres quoque cui iurisiurandi conditio remittitur, legatum, & fidei commissum debet] & quia ante est hæres, vel legatarius, quam manumittat ille, cui conditio prædicta imponitur, vt in. *§ fin. in fi. dict. l. quæ sub conditione.* & latiùs dicemus infrà, in. capit. sequenti.

Secundò notandum est quòd mortuo Sticho, etiam si à Prætore iusiurandum non esset remissum, tamen conditio non habetur pro defecta, nam vt dicit optimè *Vlpian.* Implenda enim est volũtas, si potest] non quia cõditio potestatiua sit, vt malè dicunt doctores: licet enim conditio manumittendi esset potestatiua, vt ipsi volunt, & infrà declarabimus, non tamen ex eo ibi habetur pro impleta, quia ea potestatiua est, sed quia mortuo Sticho, turpe esset ipsum iurare, se Stichum, qui mortuus est, manumissurum; nam iuramentum, non manumissio ponitur in conditione. Ideo in ea specie necessariò reijcitur, etiam si Prætor generaliter non reiecisset, quia efficitur turpis. *l. Non dubitamus. ff. de condit. & demonstra* Imò nec de ita impio iuramẽto intellexit testator: ideo defectus iurisiurandi non vitiaret. Item nec defectus manumissionis seruo mortuo impedit institutionem, quia in modo est manumissio imposita, non in conditione, modus aut impossibilis, vel qui efficitur impossibilis, nunquam vitiat, vt dicemus infrà capit. sequen.

Quoad secundam verò partem dicti responsi Vlpiani in versic. Idem est] vbi non quæritur de iuramento, sed de eo, qui institutus est ita, vt Stichum manumittat, ex verbis ipsis nemo dixerit conditionem institutioni inesse, sed modum, & quod *Vlpian.* appellat conditionem, istud non mutat, cum & sæpissimè sub conditionis verbo modus significetur, vt. *l. si ea condi. C. de rescind. vend. & in l. quoniam. C. de rerum permut. Tiraquel. de retr. 2. par. §. 2. gloss. 1. num. 76.* vbi plura alleg. maximè quia verba dispositionis, Ita, vt Stichum manumittat] adeò clara sunt, vt vocari non possint in controuersiam, vt in. *l. libertas. 1. in §. hac scriptura. ff. de manumiss. testam.* Notandum tamen est ex mente doctorum omnium, quòd conditio, si Stichum manumiserit est potestatiua, ideò secundùm ipsos si casu deficiat, habetur pro impleta: idem probatur in sæpè allegato Pomponij responso. in *seruo legato. in §. sed & serui de lega. 1.*

10 Sed videamus quæ sint in iure conditiones potestatiuæ? habemus iam exemplum ex doctoribus in ea conditione, si Stichum seruum suum manumiserit: secundum erit in hac conditione, si Capitolium ascenderit: est enim potestatiua conditio, secundum eosdem in. *l. per. tex. ibi. ff. de conditio. & demonstratio.* vbi conditio hæc tanquam potestatiua debet mortuo testatori impleri, & animo adimplendi, nec sufficit fato fieri. Ideò autem potestatiuę, dicuntur, quia in potestate nostra est, eas implere. Alię verò vel casuales erunt; si nauis, puta, ex Asia venerit, vel mixtæ, vt si Seiam in vxorem ducat, quod non ipsius sola sit constitutum, sed & alterius voluntatem desiderat: ad hæc est tex. *l. vnic. in §. sin autem sub conditione. C. de cad. toll.*

11 *De conditione dandi an sit potestatiua.*

Conditio autem si decem Titius dederit, cuius generis erit? doctores nostri dicunt mixtam esse, non potestatiuã, quod si casu deficiat, non habeatur pro impleta: vt *l. cùm ita datur libertas. ff. de condi. & demonstratio.* vbi *Hermogenian.* ait. Cùm ita datur libertas, si Titio, qui non est hæres decem dederit, certa persona demonstratur: ac propterea in persona eius tantum conditio impleri potest. Sanè si cùm cesserit dies, pecuniam conditione comprehensam statu liber habuerit iure constituto, nulli dando cõsequetur libertatem. Diuersa causa est legatarij, in cuius persona placuit conditionem deficere, si antequam dederit legatarius pecuniam, Titius moriatur] Idem probatur in *l. Stichum in. § si Stichus. ff. de statu liber.* & ita voluit glo. in. *l. 2. C. de institutio. & substitutio.* quam communiter doctores sequuntur, quòd conditio dandi sit conditio mixta, contra glo. in. *l. sed & si de sua. in. §. 1. in verbo sub conditione. ff. de acquirend. hered.* quia pendet ex facto & voluntate duorum: quid. n. si ille, cui est danda, nolit accipére, dices id in tua fuisse potestate.

Certe doctores non satis hoc interpretantur. Nam quod sit potestatiua videtur, quia *Vlpianus in dict. l. 2. ff. de conds. & demonst.* conditionem, si Capitolium ascenderit, vel si decem dederit, eiusdem rationis existimat. & idem voluit *Martianus in. l. Si cui pure. in. §. si sub conditione. ff. ad Trebel. & Iulianus in. l. Quæsitum est in §. 1. de lega. 1. Rursus,* filius potest sub potestatiua conditione facili institui, & potest institui sub conditione si decem dederit, ergo & potestatiua, & facilis est hæc conditio. vt. *l. suus quoque. in. § puto. ff. de heredis institutuen.* & expressè probatur in. *l. fi. ff. de conditio. institu.* quæ eam potestatiuam vocat. rursus quis dixerit mixtam esse ex eo, quod ille, cui est dãda pecunia, potest eam nolle recipere. Nam hic casus non est talis qui legibus soleat spectari, vt *l. Nam ad ea. ff. de legib.* Adeò, vt *Paul. de Castr. in dict. l. 2.* dicat, quòd licet conditio dandi sit mixta, ex hoc accedit ad naturam potestatiuę, & tamen dicunt ipsi doctores, quòd si casu deficiat ea cõditio, nõ habetur pro impleta, quia verè sit mixta per dictã l. cùm ita datur. Sed ego video contra doctores idẽ esse in omni potestatiua, quod si casu, vel impedimento deficiat dispositio non habet effectum, per responsum *Vlpia. in dict. l.* Inde Neratius, & per plures alias leges quas ipsi non considerant. *Contra doctores.*

In primis enim est tex. in *l. fi. ff. de cõdi. insti.* vbi dicit quendam hæredem instituisse sub conditione, si Capitolium ascenderit, quę secundùm omnes est potestatiua, Eũque antequam ascenderet, mortem obijsse: de quo respondit Seruius conditionem morte defecisse] Ecce tex. expressum quod mors effecit defectum esse conditione, etiamsi sit potestatiua, nec potest dicere id contingere, quod in mora fuerit ascendendi, quia si id verum esset, non mors, sed mora effecisset defectum conditionis: in conditionibus enim mora purgari non potest, vt in. *l. Thais ancilla. in § inter. ff. de fidei commissar. liberta.* & semper quando est in facultate implendi conditionem adueniente morte ea haberetur pro impleta,

12 *De intellectu l. fin. de cond. Insti.*

si esset

si esset vera regula, quod conditio potestatiua, si deficiat casu, habetur pro impleta. Rursus cōditio hæc, si seruus meus hæredi operas dederit, quare non dicetur potestatiua? nihil enim magis secundum potestatem, & naturam serui est, quam operas præstare, & seruire; & tamen si casu impediatur, non habetur pro impleta, vt *dict. l. Stichum in. §. Dama seruus. ff. de statu liber.* & licet ad *dict. l. fina. ff. de conditione institutionis* posset responderi quod ibidem conditio non habetur pro impleta adueniente casu mortis, quia aliam dispositionem in defectum implementi vtilem fecit testator; vel quod ibidem fuerit in mora ascendendi Capitolium, quia sæpe potuit ascēdere, non tamen habetur pro defecta ante mortem *quod, l. Hæc conditio. ff. de condi. & demonst.* quæ vult, cōditionem potestatiuam, quam primum potest, esse implendam, in institutionibus locum non habeat, sed in legatis, vt in *l. siquis instituatur in. § sed si bonorum. ff. de heredi. institut.* & probatur in *dict. l. fi. ff. de condi. institut.* licet *Soci. in dict. l. hæc conditio*, in extraneo hærede contrarium velit, quem merito reprobat. *Eman. de Acost. li. 2. Select. interpreta. c. 2. num. 4. & c. 4. in princ.* & vid. *Bar. Imol. & Roma. in l. pignori. ff. de vsucap.* licet in verbis *Ioan. de Imol.* deficiat negatio. potuit ergo esse mora, quæ faceret impediri, vt haberetur ex superuenienti casu pro impleta, & quæ non esset tanta, quę adhuc ascendēdo non posset purgari: tamen hæc responsio non placet, quia sēper quamdiu impleri potest, cum est potestatiua, superueniens casus debet efficere: vt habeatur pro impleta, si esset opinio doctorum vera, quod conditio potestatiua si casu deficiat, habetur pro impleta.

13 Item quia prædictas solutiones tollit tex. expressus, qui loquitur etiam in legatis in. *l. vnic. in. § fin autem sub conditione. C. de caduc. toll.* Ibi quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel ex superstite conditio defecerit.] Vbi est text. quòd si pendente conditione potestatiua, & ita tempore quo impleri poterat quis decedat, videtur defectus conditione. ergo falsum est, quòd conditio potestatiua, quę deficit per casum, habeatur pro impleta, & ibi casus prouenit à natura, non à facto tertij, ex quo excluditur responsio doctorum ad *dict. l. inde Neratius.* quæ prius fuit *Azo. in Summa. C. de cōditio. insert. 2. colum.*

... inter- ... l. v- ... in §. fin ... sub cō- ... ditione C. de ... tollē. ... infra. ... 15 & in fin.

14 Sed vt veritas huius rei clariùs elucescat sciendum est, quòd non potest constitui aliqua certa regula, vt sciamus quæ sit conditio potestatiua, magis enim facti esse quam iuris, certum est, vt conditio ascendendi Capitolium vel eundi Alexandriam, vel dandi decem existenti Romæ, vel qui propè est Alexandriam, vel ei qui decem in arca habet, illo existente in vrbe, cui danda pecunia sit, potestatiua sit conditio, quæ per contrarium, vel ijs qui longè absunt, vel pecuniam non habent, non sit potestatiua conditio, vt dicit *Vlpianus in l. suus quoque. in. §. puto. ff. de heredi. instit.* Puto, inquit *Vlpianus*, rectè generaliter definiri vtrum in potestate fuerit cōditio, an nō fuerit, facti potiùs esse: potest enim & hæc si Alexandriam peruenerit, non esse in arbitrio, propter hiemis conditionem. potest esse, si ei, qui à primo miliario Alexandriæ agat, sit interposita: potest & hæc, si decem Titio dederit, esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere propter quę ad generalem diffinitionem recurrendum est. Quod ferè in omni iuris parte conuingit, vt non sit tam facilè in vniuersum definire, quam per singula ex genere existimare, vt *l. pen. ff. de impens. in reb. dota. fact.* facit text. in *l. omnis definitio. ff. de regul. iur.* & elegantissimè *Martianus in l. mora. ff. de vsur.* ibi; Neque constitutione vlla, neque iuris authorum quæstione decidi posse, cū magis sit facti quam iuris. Facit etiam *de regul. iur. l. quatenus.* & quod elegantissimè inquit *Scæuola in l. Mænia nepotem. ff. de annu. legat. in §. vxore.* Non posse absolute respōderi, cum multa oriri possint, quæ pro bono sint æstimanda, ideoque huiusmodi varietatem viri boni arbitrio dirimendam esse. Et hoc in istis conditionibus voluit *Imol. 3. colu.* post *Angel. in l. fina. ff. de condi. institutio.* & post *Azo. in Summa:* quod etiam probatur *in l. si pater. C. de institutio. & substitutio.* sic conditio dandi mille, pauperi adiecta, non solum potestatiua non est, verùm est pene impossibilis, vt *in. l. cum heres in. § nō est. ff. de statu liber.* ibi: Aut si tam difficilem imò penè impossibilem conditionem adiecerit, veluti si tibi hæredi mille dedisset. Denique cōditio dādi decem, ea habenti imposita, potestatiua est, nec vllus hoc negare poterit, & tamen si casu deficiat, deficit legatum, nisi legatum libertatis sit. Tex. est expressus in *l. Si pecullum seruo. in. §. is cui seruus. ff. de statu libe.* ergo non est verum, quòd cōditio potestatiua casu deficiens habeatur pro impleta. Denique quæcumque sit conditio possibilis, si non deficiat facto illius, in cuius persona debet adimpleri, habetur pro defecta, etiam si sit potestatiua, vt dictum est: quod ex multis probatur.

... intelle- ..., l. suus quoq; in. §. ...

Primò ex *Vlpia. in dict. l. inde Neratius in. §. idem Iulianus. ff. ad leg. Aquil.* 15

Secundò ex *dict. l. fi. de condi. institutio. & ex dict. l. vni. in. § sin autem sub conditione. C. de cad. collen.*

Tertiò, quia in conditione dandi hoc videmus cuius defectus casu, vitiat dispositionē: vt *dict. in l. Cum ita datur:* quæ tamen, cum habet pecuniam ille, qui conditionem implere debet, est potestatiua.

Quartò, quia aliàs si fieret distinctio inter potestatiuam, & mistam, semper vagaremur in incerto, cùm potestatiua nō habeat terminos cōstitutos, vt *dict. § puto.* & licet in specie illius tex. videamur, etiam in incerto vagari, tamen ibidē est casus, qui habet rationem peculiarem institutionis necessariæ, in qua filius quæri non potest, si institutio in sua libera potestate relinquitur, si eius conditionis appareat non esse implementum difficile.

Quintò quia si regula doctorum esset vera,

quod

quod conditio potestatiua deficiens casu, haberetur pro impleta, esset aliqua lex, & etiam aliqua regula iuris, quæ hoc cōstitueret, sicut & in materia conditionum sæpè ponitur, & iteratur illa alia regula: quod si conditionis implementum stat per eum, in cuius persona debet adimpleri, habetur pro impleta, vt in *l. si post diem. in §. item si qua. ff. quand. dies lega. ced. & in. l. in testamento. 2. ff. de condi. & demonstr. in. l. iure ciuili. de reg. iur. & l. iure ciui. ff. de condit. & demonst.* & sæpe alibi, maximè in *dict. l. si post diem.* vbi elegantissimè *Vlpianus* totum istum tractatum explicat, nec ponit istam regulam doctorum, quæ non esset omittenda, si vera esset.

Sextò, si conditio imposita seruo manumisso si moraretur cum patroni filio: dicatur potestatiua, erit text pro hac opinione in *l. Stichus. in. §. si ff. de aliment. legat.* nam in liberto qui est domi, conditio, si moretur cum filio, videtur potestatiua, & etiam facit text. in *l. Seio amico. in princi. ff. de annu. lega.* nec obstat. tex. in *l. Annua. in princi. eod. tit.* quia ibi cœpit morari, & debet suppleri per *dict. l. Stichus.*

Intellect. l. inde Neratius. §. Iulianus. ff. ad l. Aquil.

16 Nec his obstat quod *Vlpianus in dict. §. Idē Iulianus: l. Inde Neratius*, quando mortuus fuit seruus, viuo testatore, qui erat manumittendus, videatur sentire non defectū conditione hæredē, cū dicat quod non venit in *leg. Aquilia* hæreditatis æstimatio: nam licet doctores in hoc varient, nec sibi satis cōstent, tex. in hac parte, hoc declarat, licet enim conditio defecta sit, tamē quia seruus manumittēdus occisus fuit viuo testatore, quo tempore hæreditas non est delata purè, nec etiam sub conditione, cū id quod interest inspiciatur vsq; ad annum retro, non potest venire damnum, quod tunc non est illatū super re quæ nondum extabat: non enim viuente testatore potest hereditas dici, est enim tunc præmatura spes: vt dicit tex. in *l. 1. in § si impubere. ff. de collā. bono.* Item quod doctores post glos. volūt, occisore non existente soluendo, conditionem pro impleta haberi, argu. tex. in *l. fi. ff. de eo.* per quē factū est, falsū est omnino, nec in iure reperitur quod conditio defecta hac ratione habeatur pro impleta, vt quis contra voluntatem testatoris habere hæreditatē possit. Plus enim tribui à Prætore ei, qui fidei commissum petit, quā testator voluerit, absurdum est, vtique autē testator, nisi expleta sit conditio, neque scriptum hæredem ad hæreditatem vocauit]inquit *Caius. in. l. facta. in §. si sub conditione. ff. ad Senat. consul. Trebellia.* quæ omnia sunt notanda, quia doct. nō ita interpretantur.

Contra glo. & alios.

Quod si quis tenere velit cum opinione cōmuni & *Pompony in dict. l. turpia legata. in §. sed & seruus, ff. de lega. 1.* quod conditio potestatiua habeatur pro impleta, vbi casu deficit, ad *leg. vnic. §. sin autem sub conditione. C. de cadu. tollend.* poterit respondere, quod ibi morte videtur defectus quis conditione, in illis verbis textus. Quod si in medio is qui ex testamento lucrum sortitus est decedat, referendo id, ad conditionem, vel casualem, vel mixtam: non autem ad potestatiuam, illa autem verba, Vel eo superstite cōditio defecerit]ad potestatiuā, & ad omnes etiā alias referantur, licet duriuscula sit hæc interpretatio cum sub eodem contextu, & sine distinctione textus loquatur de conditione casuali, potestatiua, & mixta argument. *l. iam hoc iure. ff. de vulgar. & pupil.* sed aliquando fit distinctio singula singulis referendo. At alia ex supradictis responsio colligetur, quia de his satis, alij, qui ingeniū velint exercere suum, meliora poterunt excogitare, nam ego existimo distinctionem doctorum inter conditionem potestatiuam, & alias non esse veram.

CAP. III.

De modo, & an modus impossibilis reijciatur tam in testamentis, quàm in contractibus.

SVMMARIVM.

1 *Modus à conditione in quo differat, & quod modus non suspendat sicut conditio.*
2 *De intellect. l. Paulus. ff. de rebus dubijs, & numero sequen.*
3 *De intellect. l. si quis ita. ff. de reb. dubijs.*
4 *Conditio præcedit, modus vero sequitur dispositionem.*
5 *Forma quæ sequi debet, non est forma.*
6 *Modus impossibilis non irritat dispositionem: latissimè vsque ad finem.*
7 *De intellectu gloss. l. cū. donationis. C. de transactio. & infra, num 9. & . 13.*
8 *De intellect. l. si militem C. de cond. caus. da.*
9 *In dubio potius inducitur modus, quam conditio.*
10 *Secundus intellect. ad dict. l si militem.*
11 *Tertius intellectus ad dict. l. si militem.*
12 *Quartus intellect. ad dict. l si militem.*
13 *Quintus intellectus ad dict. l. si militem. & ad gloss. dict. l. cùm donationis.*
14 *De intellect. l. ea. quæ, C de dona. ante nupt.*
15 *Quare conditio impossibilis vitiet contractus, & nō vltimas voluntates: defenditur ratio. glos. & ratio Bal. contra Cuman.*

DE conditionibus tractatum est superius, sequitur vt de modo videamus. Quid autem inter modum, & conditionem intersit, obscurū non est. Nam cōditio dispositionē suspendit ita, vt donec conditio adimpleatur, dies eius nō cedat. *l. Cedere diem. ff. de. verbo. signific.* modus verò nō suspendit, nec enim præcedere debet, sed subsequi, adeò vt nunquam à modo principalis dispositio dependeat, quia priùs cedere debet dispositio principalis, quam modus impleri, vt per *tot. C. de his. quæ sub mod. lega.* Item cōditio obligationem non inducit. *l. Si quis sub conditione. ff. si. quis omiss. caus. test.* sed viam obligationi parat, vt *l. 2. C. de his, quæ sub mod. lega. & in dict. l. cedere diem. & in l. legata sub conditione. ff. de condi. & demonstra*, modus verò non impedit principalem acquisitionē, & ex modo ipso etiam obligatio inducitur, vt *dict. tit. de his, quæ sub mod. lega.*

1 De natura modi.

Deni-

Denique dispositio principalis à conditione, modus verò, & id, quod sub modo est, à dispositione dependet: non tamē eadem ratione, quia conditio magis suspendit, cum impediat cessionem, dispositio autem non impedit cessionem obligationis, quæ in modo continetur, sed adtentum, & aliud est cedere diem, aliud venire diem Exempli gratia: legatum sit, si decem dederit, non cedit dies legati, nec venit antequam decem det; si vero legetur domus, vt det decem Titio, ex suspentione legati, quia vel non est adita hæreditas, vel nondum est soluta domus, pendet legatum, vel modus, decem, sed non ita, vt non cesserit, quia & interim transmittitur, vt in *l. hæredis additio. ff. quando dies legati ced.* Item ante implementum modi peti potest id quod sub modo relictum est. vt. *l. Quibus diebus. in §: Termilius. ff. de condit. & demonstrat.* data tamen cautione, vt ibi, sic in contractibus nominatis (nā in innominatis alia est ratio, vt *l. ex placito. C. de rerum permut.*) si fiant sub cōditione, donec impleatur cōditio, nec venit, nec cedit dies, sed si fiant sub modo, cedit statim, licet nondum veniat: Verbi gratia: si vendo tibi fundum pro decem, etiam nondum solutis decem, quia sub modo est cōtractus, cedit statim dies. Ideò actio oritur, & agere potes antequam decem soluas, licet repelli exceptione possis, vt in: *l. Iulianus. in §. offerri. ff. de actio. empt.* quòd si nondum esset orta actio, quia esset contractum sub conditione, non esset necessaria exceptio, cùm agere sine actione non possis. Ideò in priori specie male agere, in hac secunda nihil agere diceris, vt in *l. 1. in §. fi. in fi. ff. quand. dies. lega. vsus fructus ced. Azo. in proœm. C. nu. 14. Bart. in l. 1. C. Vt actio. ab hereds. & contra hered. incip. & in l. Item quia in §. 1. ff. de pact.* & ita maximè interest contractus in vim modi, vel conditionis concipiantur, vt in. *l. cum ab eod. ff. de contrahend. empt. & in l. si intra*, vbi glos. & docto. notant *ff. de pact. per Barto. & Ias. in l. si quis cum debitore. ff. de iure iurand.*

De intellectu l. Paulus. ff. de reb. dub. Ex ista differentia inter conditionem, & modum, intelliges duas leges, quæ sibi videntur aduersari, scilicet *l. Paulus. 1 & l. Paul. 2. ff. de reb. dub.*
2 vt prior in legato sub conditione, altera in legato sub modo loquantur. Ad quod sciendum est, quod Digestorum iure non valet relictū incertis personis simpliciter: vt lego centum illi, qui prius Capitolium ascenderit, vel qui filiam meā acceperit in vxorem, vt est text. *in §. incertis vero. insti. de lega.* licet incertis de certis legari posset, vt in. *§. sub certa. eo. tit. & in l. quidam relegatus. ff. de reb. dub.* verum tamen est, quòd personæ incertæ legari poterat, si à testatore ipso ad certitudinē redigatur in ipso testamento, vel codicillis, vt *l. institutio talis. ff. de condit. institution.* & hoc voluit *Marcianus*, licet glo. id non intellexerit in *l. si*
3 *quis ita scripserit. ff. de reb. dub.* Si quis ita scripserit (inquit *Marcianus*) illis qui testamentum meum signauerint, hæres meus decem dato. *Intelle. l. si quis ita. de reb. dub.* Trebatius vtile legatum esse putat, quod Pomponius verius esse existimat, quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis, quod verum esse existimo] inquit *ibi Accursius*, non est bona ratio: certe Accursi; optima & elegans est ratio, quia cùm adhibitis testibus, id est rogatis à testatore, testamentum fieri debeat personis, quæ rogatu ipso, & confectione testamenti certè sunt, non incertis personis legatum videtur, adhibere enim testes, rogare est, vt *idem Accursi. in §. si in tit. de testamen. & alibi* sæpe notat. *Cōtra Accursium.* Denique si à testatore persona non reducatur ad speciem, legatum nullum esset, etiam si casu persona fieret certa ante Iustiniani tempora, valebit tamen relictum conditionis nomine incertæ personæ, non tamen sub modo, vt *dictis legibus Paulus primus & secundus* vt si testator leget domum Titio, si decem dederit illi, qui se mortuo prius consul factus fuerit, vel Capitolium ascenderit, valebit conditio, nec aliter domum accipiet Titius, quàm si eam conditionem impleuerit, etiam si is in cuius persona debet adimpleri esset incertus, nec positum in conditione, cadit sub prohibitione de relinquendo incertis personis, quia non est legatum id, quod conditionis causa capitur, vt in *l. Si quis sub conditione. ff. si quis omiss. caus. test.* sed si ita legetur Titio domus, vt decem det illi, qui prior Capitolium ascenderit, vel consul factus fuerit, habebit quidem domum, nec tamen decem dare tenetur, quia ex legato ille acciperet, cuius incapax est persona incerta, sic multa possunt poni in cōditione, quæ non possunt poni in modo, vt etiam probatur in *l. filius familias. in §. secundum vulgarem. ff. de legat. 1. & in l. vxorem. in § hæred. ff. de lega. 3.* & ita *Paulus in vtraque ex dictis legibus* voluit ostēdere differentiam inter conditionem, & aliud onus, aliam etiam differentiam posuimus supra isto lib. capit. 1. num. 5. & 6. & ita habes plures differentias inter conditionem & modum, sunt & aliæ quas infrà ponemus.

Sed videamus quando modus videatur adiectus, potiùs quàm conditio, quia effectu maximè distant, & in primis modus secernitur à conditione, ex verbis concipiendi, quia si legem Titio decem, si Stichum manumittat, conditio est, si verò vt Stichum manumittat, modus est. Nam coniunctio si, conditionem: vt verò modum inducit, vt per glos. in. *l. 1. C de his, quæ sub modo. leg. & Bart.* qui ponit alia verba quibus distinguuntur in *l. 1. ff. de cōdi. & demonst.* sed quia verba aliquando dubia sunt, ad secernendum modum à conditione, hæc regula est præcipua, quæ ex substantia ipsa conditionis, vel modi, percipitur: scilicet, quod vbicunque disponens, id, quod in conditionem, vel modum cadere potest, voluit impleri ante suam dispositionem; erit conditio, vbi vero postea impleri voluit, erit modus, non conditio, siue verba de se ipsis denotent modum, siue conditionem: hæc est regula optima *Bartolus in l. Quibus diebus in §. Termilius ff. de condition. & demonstrat. 2. col.* idem voluit *Bart. in l. licet ff. vt lega. nomi. caue.* *Quando sit conditio, & quando modus.* 4 *In quo discernatur modus a cōditione.*

Bart.

in eo consistere, quòd vindicta seruus esset manumittendus, quem enim responsum Seruidij Scęuolæ obscurũ varium & ambiguum, vt semper solet, non falleret: sed Scæuolæ parcendum est, vel ob hoc solum, quod sententiam Galli adeò exactè, subtiliter & diligenter sit interpretatus, sed de his alibi.

Nunc & redeamus ad interpretationem nostram, quæ certè nullam patitur difficultatem. Nam quod supradiximus, verba illa, Manumissus, vindictàque liberatus non fuerit.] disiunctiuè sumenda, non obstãt, nam id verum est præsupponendo quòd vindictæ manumissio nihil differat ab alijs modis manumittendi, sicut hodie non differt, sed si præsupponimus differre, vt tempore Scæuolæ differebat, tunc verba illa, Manumissus vindictàque coniunctiuè, vel expositiuè, manumissus, id est, vindicta liberatus, accipientur &c. ne illa verba quę maximum iuris continent mysterium, vacare, & superfluere dicamus. Nec hoc possumus dicere in *ista leg. Seruo manumisso*, quòd illa verba, Si ad libertatẽ ex testamento peruenerit.] notent iuris misterium quod in loco Vlpiani supra citato etiam dicatur, ciues Romanos fieri eos, qui testamento manumittuntur, quia cum hic præsupponatur ingenuus, id est origine sua liber, adeò vt nulla manumissio aliquid maius continere possit, illa verba, Si ad libertatem ex testamẽto peruenerit, nullum iuris mysterium denotant, cui per æquipollens, & longè potentius satisfactum non sit.

Hic tamen noster intellectus videtur habere in hoc difficultatem, quod manumissio, quæ fit per legem, plenissima debeat esse, vel saltem eiusdem effectus sit, cuius esset, si ab eo, qui manumittere debuit, fuisset seruus manumissus, argu. *l.3. ff. qui sine manumissio* ibi. Perinde haberi, ac si ab eo, à quo debuit manumitti, manumissus esset. Sed cum *Vlpian. loco supra allegato in illo suo libello*, legis manumissionem non expresserit, inter eas manumissiones, quæ plenissimam libertatem concedunt, verisimile est, vt non ita plena sit sicut ea, quę per vindictã fit, ideò fortè dici potest, illud verbum, perinde, quod ponitur in *dict. l.3.* procedere, vbi lex suppleat manumissionem, in vulgaribus, scilicet manumittendi modis, non tamen suppleat in ea manumissione, quæ vindicta fieri debeat. Quod ciuitas Romana solennitatibus dari cõsueuerit.] Vt inquit text. in *l.1. C. de his, qui in Ecclesi. manumit.* quæ solemnitates in manumissione per vindictam verisimile est interuenire solere, cùm per eam plene ciuitatem Romanam seruus cõsequatur: nulla enim erat plenior datio libertatis, quam per vindictam, vt patet ex *Tacito lib. 13.* qui ita inquit. Quos vindicta patronus non liberauerit, velut vinculo seruitutis attineri. Nã & aliter manumissus vindicta iterum manumittebatur, vt apparet ex *Plinij Epistol. lib. 7.* ibi. Si voles vindicta liberare quos proxime inter amicos manumisisti. Quod fortè ex libertate, quæ per dictam constitutionem conceditur nõ contingit, nisi quando à lege ob præmium libertas seruo conceditur, tunc enim plenissima libertate donatur, vt *l. 2. C. ex quib. caus. seru. pro præmio liber. acci.* quia illi vindicta solent liberari. Imò ipsa vindicta à Vindicio, qui primus ob patefactam proditionem liberatus est, ortum habuit, vt apparet ex *Liuio lib. 2. prima Decade.* facit text. in *l.2. in. §. & cum placuisset.* vbi glos. *ff. de origi. iur.* alij virgulam Prætoris vocant vindictam. De hac manumissione latissimè *Conan. lib. 2. iuris ciuil. cap. 4.* ex cuius dictis confirmatur sententia nostra, aliàs vero non facilè manumissi ciues Romani fiebant, vt patet ex dicto libello *Vlpian. in titu. de libert. & titu. de Latinis.* Quod enim aliqui dicunt manumissionẽ per vindictam non suppleri ex cõstitutione in *isto §. Flauius Hermes*, quod eius animi esset donator, vt non solum seruus liber esset, sed quod eius libertas magis innotesceret, placere non potest, cum hoc leue admodum sit, vt cesset D. Marci constitutio.

Quarto modo potest intelligi text. *in dict. §. Flauius.* vt eum eleganter intellexit *Iaco. Cuia. l. 1. obseruat. cap. 29.* quod ideò ibidem ex mora manumittere debentis, non inter constitutio Diui Marci, quod ea constitutio ad seruos manumissionis causa venditos tantum pertineret, vt sentit text. in *l. Paulus respondit. ff. de lib. caus.* vbi in. *§. idem respondit*, dicitur, quòd libertatis fauore ex tenditur constitutio: vt non solum in venditis libertatis causa, sed in proprijs seruis pro quibus manumittendis quis pecuniam accepit, quasi in venditionis loco foret, locum habeat. Et ita licet postea ad donatos libertatis causa dandæ extendatur constitutio, vt. *l.1. C. si mancip. ita fuerit alienatum.* id tamen fuit post Scæuolam, per *Alexandrum in dict. l.1. ex responso Papinia. l. pe. ff. qui sine manumissio. ad liberta. per.* & facit resp. *eiusdem Papi. in. l. causam an princi. ff. de manumissioni.* & secundum istam extensionem respondet *Vlpianus in l. si rogatus. in. §. sed si hac lege. de manumiss. vindict.* Sed etsi hac lege ei seruus fuerit donatus, vt manumittatur: permittẽdum erit manumittere, ne constitutio Diui Marci superueniens cunctationem Consulis dirimat.] *Et idem Vlpia. & in l. illud. in §. si quis minori. eo. titul. & in l. si pecuniam. in § si seruum quis sup. de condi. ob caus.* ibi Constitutio succedit.] Quæ extensio tempore Scæuolæ, qui tempore Marci, cui in legibus sanciendis in consilio affuit, nondum erat facta, quamuis ipsemet Scæuola dictam constitutionem vidit, & interpretatus est, vt in *l. verum. in. §. quod si minor. sup. de mino.* vt not. *idem cuiat. li. 10. obserua. c. 21.* Ideò cum in seruo libertatis causa donato, *Scæuola in dict. §. Flauius* loquatur, non potuit ex mora succedere libertas, quæ ex constitutione, quæ ad seruos venditos pertinebat, competere solet, cùm extensio ad donatos nõdum eo tempore facta fuisset: & vid. text. *in l. Titius. ff. de actio. empt.* & hic intellect. est subtilis & optimus, à Cuiacio satis cum iudicio, vt solet, excogitatus, & ex his satis est responsum ad *dict. l.*

4. Intellec. ad dict. §. Flauius. 25

dict. l. qui Romæ. in §. Flauius Hermes.

26 Non obstat etiam textus *dict. l. 4. ff. de manu. testament.* quia respondeo: quòd licet conditio, si liber sit, soleat esse præambulum legati, vt *dict. l. seruus*; tamen ibi ea conditio, si eum vindicta liberauero, talis non erat, quia aliàs sibi libertas in testamento erat relicta, ideò omnino voluntaria fuit conditio, quare ad necessarias conditiones, qualis est ista, de qua in text. nostro tra hi non potest, ex eo tamen quod ea conditio solet, esse præambula legati, & erat conditio in potestate testatoris, sufficit per æquipollens impleri, vt si eum manumiserit, etiam alio modo quam vindicta, videtur emanumissio, humanitatis intuitu, in locum manumissionis per vindictam subrogata, sicut & aliàs fit subrogatio ex aliquibus coniecturis, vt in *l. Filia sua. §. Titia. ff. de condit. & demonstrat.* at in specie nostri text. cum hæc conditio, Si liber ex testamento fuerit] si præordinata ad legatum, sufficit esse quocumque modo liberum, vt non videatur defectus conditione, licet modo expresso liber esse non possit.

27 Quid igitur ad istam l. respondemus, in qua, tanquam deficiente conditione repetitur legatum? Respondeo singulariter ad l. nostram, quòd in specie istius text. non repetitur legatum solutum, tanquam indebitum, quia defecit ex impossibili conditione, sed quia, Senatus censuit, vt, qui post manumissionem originem repetierint, ea, quæ de domo manumissoris habent, ibi relinquant] Tex. est in *l. 1. C. de de ingen. & manumiss.* idque in legatis, & fidei commissis à manumissore sibi relictis procedit. Inquit enim tex. In qua causa etiam legata, vt liberto data esse iuris prudentibus placuit.] Et ille tex. loquitur in specie nostri text. in eo, qui in testamento fuit manumissus. fac. tex. in *l. fi. in princi. C. quibus ad liberta proclama. non li.* inquit text. Si quis in libertatem proclamauerit, id quod apud se esse eius, qui se dominum dicit, profitebitur, quoniam non de eo dubitatur, reddi, ac referri protinus iudex pronunciabit.] Ad idem text. in *l. 3. ff. si libert. ingen. esse dicat.* vbi gl. text. etiam in. *l. 1. ff. de iure aure. anulo.* casus in *l. de bonis. ff. de liber. caus.* inquit tex. De bonis eorum, qui ex seruitute, aut ex libertinitate in ingenuitatem vendicati sunt, Senatus consultum factum est, quo cauetur, de his quidem, qui ex seruitute defensi essent, vt id duntaxat ferrent, quod in domum cuiusque intulissent, in eorum autem bonis, qui post manumissionem repetere originem suam voluissent, hoc amplius, vt quod post manumissionem quoque acquisissent, non ex re manumissoris secum ferrent cætera bona relinquant illi, ex cuius familia exissent.

Sic in nostro tex. legatum non repetitur ex eo, quia ex impossibili conditione defecit, legatario existente ingenuo, sed quia repetiit originem suam, & istum intellectum, vt verum sit neminem, Accursio melius leges intellexisse, sensit glos. à doctoribus non cõsiderata, in *dict. l.* 1. C. de ingenu. & manumiss. & glos. in l. si intra quinque. ff. de iure aure. anulo. & gloss. in dicta. l. de bonis, ad quas nullus doctorum aduertit. ex quo infertur contra mentem omnium doctorum, quod etiam si in præsentia esset verè defuncti seruus, & sic conditio esset impleta, quia fuit liber ex testamento, tamen priuaretur legato, si repetierit originem suam, prout hic repetijt, quia videtur ingratitudo quædam, ob quam legato meretur priuari. Est in simili bonus tex. in *l. patrem. C. de nupt.* vbi liberaliter præstitum, etiam ob patrem, ratione similis ingratitudinis potest repeti. inhumanum enim esset, vt is contra eum, quem semper pro domino habuit, erecta ceruice eiusdem munere lætetur, argu. *l. 2. C. de lib. & eorũ lib. & l. alimenta. in fi. ff. de libe. agnoscen. & l. fin. in materia. C. de reuo. dona.* fac. tex. singularis in *l. 2. ff. de oper. public.* vbi si donatarius quasi detrectans donatorem, insignia vel arma eius in re donata existẽtia abraserit, vel deleuerit, donatione priuatur, sic in proposita specie, cũ iste repetẽdo originem, dedignetur esse defuncti libertus, eius legato, vel liberalitate debet priuari. Ratio autem constituendi *istam l. Seruo manumisso,* post dictas constitutiones, ne sit superflua, est, quia per Senatusconsultum de quo supra, non erat cautum quo remedio repetantur donata, vel legata à manumissore: & ideò elegantèr *Papinianus in ista l. seruo manumisso.* Respondet, quòd per condictionem indebiti repetuntur, ob quam rationem eius responsum ponitur in hoc tractatu de condit. indebit. Si enim de conditione impossibili *Papinianus* tractaret, vt malè doctores interpretantur, non pertineret eius responsum ad istum tit. sed ad titulum. *ff. de condi. & demonstra.*

Quinimò si præsupponeretur, legatum esse nullum ex defectu cõditionis, nihil afferret iste tex. dignum Papiniani ingenio, quoad materiam condictionis indebiti, cum ex vulgatis regulis sit expressum legatum indebitè solutum repeti condictione indebiti. Secundum verò nostram interpretationem Papinia. responsum est de re non parum difficili, quia à principio legatum fuit debitum, antequam repetat originem suam, & sic tempore solutionis fuit debitum; ergo non potest competere condictio indebiti; cõdictio enim indebiti cõpetit sud quod solutum tempore solutionis est indebitũ. Quando vero postea indebitũ efficitur, competit condictio sine causa, vt in *l. Damus. de condi. indebt. & l. is cui isto. eo. ti.* not glo. in *l. 1. ff. de condi. ob turpe causam.* & tamen Papin. respondet, quod detur condictio indebiti. Sed quare, cũ verius videatur vt condictio sine causa detur, quę competit, quando causa repetitionis superuenit, vt hic contingit ex facto, & ingratitudine serui originem suã repetentis.

Sed his possumus respondere. Primo modo, quod non est nouum vt condictio indebiti cõcurrat cum condictione sine causa, vt in *l. pri. cum glo. ff. de condit. sine caus.* & id videtur sentire hic Papinianus, 28

Singularis huius legis intellectus.

Quare hic detur inde biti condictio.

de impossibili conditione ad istam legem doctores commenti sunt, nec minus quàm alij, falsus est *Emanuel de Acosta*, vir alioquin doctissimus, qui *lib. 1. Selecta, interpretationum. c. 9.* facilè à communi opinione & intelligentia discedit, sed dum quid ipse ad istam legem afferat, interpretatur, ita se inuoluit, vt quid sibi ipse velit, credam non intellexisse satis, dum à communi sententia discedit, & suam nullo modo constituit. Sed tempus est iam, vt legem nostram cum seruo suo ante hac malè manumisso, nunc verò clarissimis suis natalibus restituto manu nostra emittamus.

CAP. II.

De eadem re, & quando defectus conditionis potestatiuæ vitiet dispositionem, & an conditio dandi sit potestatiua.

SVMMARIVM.

1 *Conditio impossibilis, quæ per æquipollens est impleta, vel impletur, non vitiat.*
2 *Conditio impossibilis, cuius defectus, si possibilis esset, non vitiaret, numquam vitiat dispositionem.*
3 *Nouus intellectus ad l. in omnibus. in §. in testamento. de lega. 1.*
4 *Quando possibilitas ponitur in conditione, impossibilitas semper vitiat.*
5 *De intellect. l. si Mæuia. ff. de hæredib. instituendis.*
6 *De intellect. l. Multa. in §. si seruos. ff. de condi. & demonstrationib.*
7 *Iuris consultorum opiniones contrariæ in ista materia.*
8 *Impossibilis conditio secundæ speciei adiecta à sciente, efficitur primæ speciei.*
9 *De intellect. l. Quæ sub conditione. in. §. quoties. ff. de condi. institutio latissimè.*
10 *Quæ sint conditiones potestatiuæ.*
11 *Conditio dandi an sit potestatiua, vel mixta, late disputatur.*
12 *De intellect. l. fi. ff de condi. institutio.*
13 *De intellect. l. vni. in. §. sin autem sub conditione, C. de cadu. toll. & iterum in fi. capitis.*
14 *Non potest dari certa regula, vt cognoscatur conditio potestatiua.*
15 *Conditio potestatiua, si deficit casu, vitiat dispositionem.*
16 *De intellect. l. inde Neratius. §. idem Iulia. ff. ad. l. Aquil. & supra, num. 7.*

QVia conditionum tractatus valde vtilis est, & in omnibus ferè iuris partibus versari solet, nam & contractibus, vltimis etiam dispositionibus, alijs ve hominũ actibus passim conditiones adijciuntur, ideo operæpretium erit non omittere, si quid in hac re dignum interpretatione fuerit: & vt in præcedenti capitulo diximus, conditiones quæ generaliter & semper sunt impossibiles, raro in dispositionibus se offerunt, & earum tractatus facilis est, illarum vero, quæ non generaliter sunt impossibiles, sed
1 per suppositionem, vtilis valdè est, & necessaria cognitio, in quo ex præcedentibus optima regula est constituta, quòd in conditionibus aliquid fieri non posse, non vitiat dispositionem, si id iam factum fuerit per æquipollens, vel postea fiat. *1. Regula de conditionibus.*

2 Secunda etiam regula constitui potest, quod vbi conditio ipsa, isto modo impossibilis, dispositioni adiecta, est talis, quæ si possibilis esset & deficeret, non vitiaret, eadem ratione ex eo quod sit impossibilis, non vitiat dispositionem. *2. Regula.* Exempli causa, testator in suo testamento ita disposuit: Titio si Stichum seruum suum manumiserit, lego centum, vel eum hæredem instituo, si antequam in mora manumittendi esset Stichus decesserit, non videbitur defectus conditione, quia conditio est potestatiua, cuius defectus sine culpa implere debentis, non vitiat: tex. in *l. quæ sub conditione in §. quoties, ff. de condi. institutio.* finge iam tempore facti testamenti inscio testatore mortuum fuisse Stichum, certè impossibilis fuit conditio adiecta, quam testator possibilem existimabat, quæ secundùm regulam constitutam à doctoribus in *l. seruo manumisso. ff. de condi. indebi.* de qua in præcedenti. latè tractauimus, vitiabit legatum, quod nemo dicere iure poterit, si enim vere possibilis deficiens non vitiat, quare impossibilis vitiabit, & certe non vitiat, si regula quam ex Vlpiano in cõditionibus potestatiuis doctores colligunt vera est, quia ita inquit, in *dicto. §. quoties.* Implenda est enim volũtas si potest] Nec interest, quòd ea lex potius loquatur in modo, quam in conditione, quia vt doctores admittunt, idem est in conditione. vt in. l. turpia legata in. § *sed & seru. ff. de lega. 1.*

De intellectu l. quæ sub conditione §. quoties & latissime infra. nu. 9.

3 Ex ista regula potest vltra doctores assignari nouus intellectus ad tex. in *l. ab omnibus. in §. in testamento. ff. de lega. 1.* quod ideò ibidem conditio impossibilis de reddendis tabulis, quæ nunquã fuerunt in rerum natura, legatum non vitiat, quia si esset possibilis, esset potestatiua, ideò si impleri non potest. legatum non vitiatur, licet intellectus positus in capitulo præcedenti sit etiam vetus. *Nouus sensus ab omnibus. §. in testamento. ff. de legat. 1.*

4 Tertia regula constitui potest, quæ clara est, licet nullus eam ponat, nec interpretetur, immò ex eius ignoratione malè sæpissimè erratur, quę talis est. *3. Regula.* Impossibilis conditio in specie semper vitiat, quando non solum factũ ipsum, sed eius possibilitas explicite, vel implicite ponitur in cõditione, exempli gratia: si rex Parthorum viuit, vel viuet, quia, vt statim dicemus, idem est, si iam est mortuus impossibilis est conditio, sed quia ita testator voluit in euentum vitæ legare, legatum est inutile conditione deficiente: & sicut attẽdẽda esset cõditio, si ita dixisset, si possibile est regem Parthorum viuere, lego centum, ita & in specie supra dicta, quia hoc continet, quasi diceret, si non est mortuus lego, & ita intelligitur tex. in *l. cum ad præsens. ff si cer. pet.* sic intelligetur tex. in cuius interpretatione doctores se inuoluunt. in *l. si Mæuia. ff. de hæredi. instituen.* vbi ita inquit *Vlpian.* Si Mæuia mater mea, & Fulci-

5 nia filia mea viuent, tunc mihi Lucius Titius hæres esto, Seruius respondit, si testator filiam numquàm habuerit, mater autem superuixisset tamen Titium hæredem fore: quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet.] Quo ad Fulciniam filiam, quia nunquam fuit in rerum natura: impossibilis est conditio primæ speciei, ideo omnino reijcitur, vt diximus cap. præcedenti, & in *hac. l. si Meuia*, apertè dicitur, Quoad matrem vero, quia verũ est viuere, valet legatum, quia impleta est conditio. Quòd si iam mortua esset, apertè sentit Alphenus hæredem Lucium Titium non esse.

De intellectu. l. si Meuia ff. de hæred. instit. & inf. num. 8.

Et licet *Emanu. de Acosta, in lib. 1. Selecta. interpretatio. cap. 11. contra Acursium*, contendat illa verba, viuent, futurum respicere tempus, non præsens, tamen vanus est ipsius labor, cum enim non ponatur terminus quo viuat, sufficit vnicum momentum, post tempus quo loquitur testator, vt in *l. si quis hæredem. C. de institutio. & substitutio. sub condit. fact.* Ideò optimè *Accursius* ad præsens tempus refert, cum futurum sufficiat ita breue, vt à præsenti secerni non possit, & ita tex. in *dict. l. si Meuia.* claram habet interpretationem.

Contra Emanuel. de Acosta.

6 Sed Pomponius hæc omnia turbare videtur referendo Neratij & Scæuolæ sententiam in. *l. Multa. in. §. 1. ff. de condi. & demonstra.* vbi ita inquit *Pomponius*: Si seruos certos, qui manumisisset, hæres esse iussus esset, quibusdam ex his antea mortuis, Neratius respondebat, defici eum conditione, nec æstimabat parere posset cõditione, necne.] Id est non curabat, quod impossibilis esset ea conditio: & ita est tex. in quo factum impossibile ponitur in conditione, & vitiatur dispositio, rursus est conditio potestatiua, quæ ex regula secunda supra posita, si sit impossibilis, non vitiat. Rursus difficilius est quod subsequitur in *dict. l. in. § si seruos*, vbi subdit *Pomponius*: Sed & Seruius respondit, cum ita esset scriptum si filia, & mater mea viuent, altera iam mortua li non defici conditione, idem est apud Labeonẽ scriptum. Sabinus quoque, & Cassius quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas, pro non scriptis esse, quæ sententia admittenda est.] Ecce vbi ponitur species eadem, quę in *dict. l. si Meuia*, nisi quòd ibidem filia numquã fuit in rerum natura, hic vero mortua erat, & hic in *l. multa conditio*, si viuent, vt impossibilis reijcitur: at in *dict. l. si Meuia*, non reijcitur, quoad eam, quæ fuerat semel in rerum natura, nec in dicto Neratij quod refert *Pomponius in principio* tex. quid igitur in hac varietate dicemus.

De intellec. l. multa. §. 1 ff. de condit. & demonst. & infr. nu. 8.

Si non esset nimis noua hæc opinio, forsan verissimè dici posset, inter iurisconsultos variã, & diuersam, siue contrariam esse sententiam: imprimis sententia est clara Neratij, conditionẽ de manumitendis seruis, qui certe iam erant mortui, efficere vt vitietur dispositio, nec curat Neratius id impossibile esse, ex quo iuncta regula secunda suprapositа apparet Neratium velle, quòd conditio potestatiua casu defecta, deficere faciat dispositionem, quod non obscure voluit etiam *Vlpia. ex Iuliano, in l. inde Neratius in. § idem Iulianus. ff. ad l. Aquil* dum eum referendo inquit. Idem Iulianus scribit si institutus fuero sub conditione, si Stichum manumisero, & Stichus sit occisus post mortem testatoris, in æstimatione hæreditatis pretium me consequuturum, propter occisionem enim deficit conditio. Ecce text. in quo conditio potestatiua manumittendi Stichum, occisione Stichi, & sic casu deficiens, facit deficere dispositionem.

De intellec. l. inde Neratius, in § idem Iulianus. ad leg. Aquil. & infra. nu. 1. 11 & 16.

7 Nec placet intellect. *Socini & aliorum in l. in testamento. 2. ff. de condi. & demonst.* quod ibi nõ deficit ex morte naturali serui, sed accidẽtali, quia id ridiculum est. si vera esset regula, quòd conditio potestatiua nũquam impedit, quãdo non potest impleri sine culpa illius, cui adijcitur, vt doctores volunt: rursus peius est quod *Socinus in dict. l. in Testamento.* dicit, quod licet ibidem habeatur pro impleta, non tamen vt euitetur pœna, quia hæc solutio est contra infinitas leges, quæ volunt factum, vel implementum legis, etiam ex culpa mea, excusare à pœna. in *l. fina. C. si mancip. ita fuer. alie. & l. Causam. in princ. & §. puellam. ff. de manumiss. & alijs legibus*, de quibus vidimus in cap. præced. maximè quia ibi in id quod interest connumeratur hęreditas ex eo, quia defecit conditio. Vult ergo. *Vlpian.* conditionem potestatiuam non haberi pro impleta, etiam si impleri casu non possit. mitto in hoc omnes iurisconsultos concordare, quod vbi stat per eum in cuius persona conditio debet adimpleri, tunc semper pro impleta habetur. vt in *dict. l. In testamento. & in. l. legatum. & in. l. 1. C. de conditio. insert.* quæ in mistis cõditionibus, & sic in fortioribus terminis loquuntur, sed quando per casum quis impeditur, *Vlpian.* apertè vult non haberi pro impleta conditionem potestatiuam, *in dict. l. Inde Neratius.* Nec aliquis obijcere poterit eundem Vlpian. aliud expressè voluisse in *l. qua sub conditione. in. §. quoties. ff. de condit. insti.* quia veriùs est non in conditione, sed in modo eum loqui. vt latiùs ostendimus supra in præcedenti lib. in interpretatione l. si quis pro eo. ff. de fideiusso. Denique in hoc contrarij sunt Vlpianus & Pomponius, vt in *l. turpia legata. §. sed & seruu. ff. de lega. 2.* vbi conditio, si seruum manumiserit, eo mortuo, habetur pro impleta. Secundum *Pomponium ibidem*, sed secundum *Vlpianum in dict. l. Inde Neratius.* habetur pro defecta: pro Vlpiano stat *Iulianus relatus ab ipso, Neratius in dict. l. Mulcta. §. si seruos*, pro Pomponio alij quos ipse ibi refert, nam responsum Neratij reprobatur in ea, *l. secundum doctores ibidem.* Sed vt minus quam fieri possit à receptis opinionibus recedamus, constituamus quartam regulam.

Reprobatur intellectus doctorum.

Reprobatur Socin. intellect.

8 Sit igitur quarta regula singularis, quam nullus interpretatur, nec est assequutus, etsi sit clara & vera, & de mente legum, nec distans ab opinione doctorum. Omnis conditio impossibilis secundæ speciei, efficitur impossibilis primæ speciei, si non ab ignorante adijciatur. Exempli gratia, si Titius viuit, vel viuat, lego

4. Regula.

Caio centum, vel si Stichum manumiserit: Titio iam mortuo, vel Sticho, impossibilis est conditio secundæ speciei, non primæ, quia quod homo qui fuit productus à natura viuat, non est impossibile in vniuersum, vel simpliciter, sed ex hypothesi seu suppositione, si iam est mortuus. Sed si me sciente Titium, vel Stichum esse mortuum, hæc adijciam, si Titius viuat, vel si Stichum manumiserit, pro eo est ac si dixissem si Titius, quem scio mortuum viuat, vel si Stichum, qui iam est mortuus, manu miserit, certè per suppositionem est effecta hæc conditin impossibilis primæ speciei, & secundùm regulas illis erit censenda, & ita omnino pro non scripta habetur. Sic in *dict. l. si Mevia.* quoad filiam cōditio erat impossibilis primæ speciei, quia numquam fuit in rerum natura, at in *dict. §. si seruos.* necesse est, vt dicamus in specie ibi à Seruio positas conditiones, quæ de se erant secundæ speciei, quia à testatore sciente fuerint adiectæ, effici primæ speciei, in specie verò Neratij, *si* velis vt non corrigatur, erat omnino secundæ speciei cōditio, cum ab ignorante fuerit adiecta.

Iurisconsultorum contrariæ opiniones.

Quod si quis hanc intelligentiam diuinationem continere existimet, vel meliora afferat, vel negare non poterit esse iurisconsultorum variam sententiam, atque contrariam, & *Pomponius* nimium suæ opinioni fauens, Labeonis Sabini & Cassij sententiam nimis forsan generaliter adduxit: quinimò inter Vlpianum, & Pomponium, nescio quis posset negare esse cōtrariam sententiam: quod si quis meam roget, ab Vlpiani opinione nullus me posset dimouere, & quod ei maximè faueo & valdè sum affectus, delectorque eius mirabili ingenio, & quòd vbi conditio ab ignorante adijcitur, non solum factum ipsum in conditione, sed & facti possibilitas, vt sic dicam, adijci videtur, & quod si Pomponij generalis regula admittatur, quam ponit *dict. §. si seruos.* non multum aberit, quin existimemus conditiones de præterito, in vltimis voluntatibus semper reijciendas fore: ita vel siue existant, quia existunt, siue non existant, quia sunt impossibiles, semper valeat dispositio: quod verum esse non potest, vt. *l. cùm ad præsens ff. si cert. pet.* & est in vltimis voluntatibus expressum in, *l. 3. in. §. si patronus. versi. si tamen. ff. de bon. libert.* vbi text inquit: Si tamen in præteritum collata sit conditio, vel ad præsens, non videtur sub conditione institutus, aut enim impleta est, & pure institutus est, aut non est, & nec hæres institutus est.] Quod etiam probatur in. *l. 2. ff. de heredi instituend.* ibi: Si non est à Titio scriptus neque Seius ab eo, neque immerito. Hic n. creditur in esse conditio,] & in *l cum in secundo. ff. de iniusto rupt. & in l. fi. ff de bono. poss. secund. tabu.*

Quod si quis cauilletur Vlpiani responsum in in *dict. l. inde Neratius.* non de conditione impossibili ab initio, sed de ea, quæ postea fiat impossibilis, loqui, nihil efficiet. Quia vt sæpe in cap. præcedenti diximus, & ex regula secunda suprapposita colligitur id, quòd si fiat postea impossibile non vitiat, multo minus vitiabit, si sit impossibile ab initio, ex Trebatij sentētia apud *Iabole. in l. Stichum Titio. in §. si Stichus ff. de statu libre* Distinctio autem illa vtrum seruus naturaliter moriatur, vel ex accidente, vt per mortem serui manumittendi conditio vel deficiat, vel habeatur pro impleta, admitti non potest, cum in vtraque specie quo ad personam implere debentis casus sit, qui ei non possit imputari, nec inter vnum vel alterum casum possit ratio diuersitatis ostendi: & vt supra diximus, si legis voluntas succedit pro implemento, cessat pœna: nihil igitur efficit quòd in specie Vlpiani, in seruo occiso, possit ab occidente, id quod interest consequi: non enim hoc mutare poterit, vt conditio potestatiua haberi debeat, vel non, pro impleta.

9 *De interpreta. leg. quæ sub cōditione. §. quoties.*

Sed vt res hæc penitus intelligatur, videamus iterum de intellectu supradicti responsi Vlpiani in *dict. l quæ sub conditione in. §. quoties. ff. de condi. institu.* ex quo doctores colligunt, quod si conditio potestatiua casu deficit, habetur pro impleta. Inquit *Vlpian.* Quoties hæres iurare iubetur daturum se aliquid, vel facturum, quod non improbum est: actiones hæreditarias non aliàs habebit, quam si dederit vel fecerit id quod erat iussus iurare. Mortuo autem vel manumisso Sticho, viuo testatore: qui ita hæres institutus est, si iurasset se Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione: quamuis verum sit, compellendum eum manumittere si viueret. Idem est & si hæres institutus esset quis: Titius hæres esto, ita vt Stichum manumittat. aut, Titio centum ita lego, vt Stichum manumittat. Nam mortuo Sticho, nemo dicet summouendum eum. Non videtur enim defectus conditione, si parere conditione non possit. Implenda est enim voluntas, si potest.] Circa primam huius responsi partem, quæ est vsque ad versi. Idem est notandum est, siue iusiurandum per viam modi, siue conditionis ponatur, nihil interesse, siue enim testator dicat Titium hæredem instituo, si iuret se Stichum manumissurum, siue dicat Titium hæredem instituo, quem grauo vt iuret se Stichum manumissurum, idem est vt iurisiurandi necessitas remittatur, & id, quòd iurare iussus est, implere teneatur, idque non vim conditionis, sed modi habebit: quia vis cōditionis non obligat, nec cogit, vt *l. si quis sub conditione. ff si quis omiss. caus. testa* sed suspendit, vt antequam impleat, non sit hæres, *l. cedere diem. de verb. signi. quod* vtrūque cessat in *dict. §. quoties.* quia & cogi potest vt dicit tex. Compellendum eum manumittere, si viueret.] Et in *l. non dubium. in. §. hæres. ff de leg. 3.* inquit *Caius*: Hæres quoque cui iurisiurandi conditio remittitur, legatum, & fidei commissum debet] & quia ante est hæres, vel legatarius, quam manumittat ille, cui conditio prædicta imponitur, vt in. *§ fin. in fi. dict. l. quæ sub conditione.* & latiùs dicemus infra, in. capit. sequenti.

si esset vera regula, quod conditio potestatiua, si deficiat casu, habetur pro impleta. Rursus cōditio hæc, si seruus meus hæredi operas dederit, quare non dicetur potestatiua? nihil enim magis secundum potestatem, & naturam serui est, quam operas præstare, & seruire; & tamen si casu impediatur, non habetur pro impleta, vt *dict. l. Stichum in. §. Dama seruus. ff. de statu liber. &* licet ad *dict. l. fina. ff. de conditione institutionis* posset responderi quod ibidem conditio non habetur pro impleta ad veniente casu mortis, quia aliam dispositionem in defectum implementi vtilem fecit testator; vel quod ibidem fuerit in mora ascendendi Capitolium, quia sæpe potuit ascēdere, non tamen habetur pro defecta ante mortem *quod, l. Hæc conditio. ff. de condi. & demonst.* quæ vult, cōditionem potestatiuam, quam primum potest, esse implendam, in institutionibus locum non habeat, sed in legatis, vt in *l. siquis institutatur in. §. sed si bonorum. ff. de heredi. institut. &* probatur in *dict. l. fi. ff. de condi. institut.* licet *Soci. in dict. l. hæc conditio*, in extraneo hærede contrarium velit, quem merito reprobat *Eman. de Acost. li. 2. Select. interpratat. c. 2. num. 4. & c. 4. in princ.* & vid. *Bar. Imol. & Roma. in l. pignori. ff. de vsucap.* licet in verbis *Ioan. de Imol.* deficiat negatio. potuit ergo esse mora, quæ faceret impediri, vt haberetur ex superuenienti casu pro impleta, & quæ non esset tanta, quę adhuc ascendēdo non posset purgari: tamen hæc responsio non placet, quia sēper quamdiu impleri potest, cum est potestatiua, superueniens casus debet efficere: vt habeatur pro impleta, si esset opinio doctorum vera, quod conditio potestatiua si casu deficiat, habetur pro impleta.

13 Item quia prædictas solutiones tollit tex. expressus, qui loquitur etiam in legatis in *l. vnic. in. § sin autem sub conditione. C. de caduc. toll.* Ibi quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel ex superstite conditio defecerit.] Vbi est text. quòd si pendente conditione potestatiua, & ita tempore quo impleri poterat quis decedat, videtur defectus conditione. ergo falsum est, quòd conditio potestatiua, quę deficit per casum, habeatur pro impleta, & ibi casus prouenit à natura, non à facto tertij, ex quo excluditur responsio doctorum ad *dict. l. inde Neratius.* quæ prius fuit *Azo. in Summa. C. de cōditio. insert. 2. colum.*

[Margin: ... inter- ... l. v- ... §. fin ... sub cō- ... C. de ... tollē. & infra. ... 15 & in fin.]

14 Sed vt veritas huius rei clariùs elucescat sciendum est, quòd non potest constitui aliqua certa regula, vt sciamus quæ sit conditio potestatiua, magis enim facti esse quam iuris, certum est, vt conditio ascendendi Capitolium vel eundi Alexandriam, vel dandi decem existenti Romæ, vel qui propè est Alexandriam, vel ei qui decem in arca habet, illo existente in vrbe, cui danda pecunia sit, potestatiua sit conditio; quæ per contrarium, vel ijs qui longè absunt, vel pecuniam non habent, non sit potestatiua conditio, vt dicit *Vlpianus in l. suus quoque. in. §. puto. ff. de heredi. instit.* Puto, inquit *Vlpianus*, rectè generaliter definiri vtrum in potestate fuerit cōditio, an nō fuerit, facti potius esse: potest enim & hæc si Alexandriam peruenerit, non esse in arbitrio, propter hiemis conditionem. potest esse, si ei, qui à primo miliario Alexandriæ agat, sit interposita: potest & hæc, si decem Titio dederit, esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere. propterea quę ad generalem diffinitionem recurrendum est. Quod ferè in omni iuris parte contingit, vt non sit tam facile in vniuersum definire, quam per singula ex genere existimare, vt *l. pen. ff. de impens. in reb. dota. fact.* facit text. in *l. omnis definitio. ff. de regul. iur.* & elegantissimè *Martianus in l. mora. ff. de vsur.* ibi; Neque constitutione vlla; neque iuris authorum quæstione decidi posse, cū magis sit facti quam iuris, Facit etiam *de regul. iur. l. quatenus.* & quod elegantissimè inquit *Scæuola in l. Mæuia nepotem. ff de annu. legat. in §. vxore.* Non posse absolute respōderi, cum multa oriri possint, quæ pro bono sint æstimanda, ideoque huiusmodi varietatem viri boni arbitrio dirimendam esse. Et hoc in istis conditionibus voluit *Imol. 3. colu.* post *Angel. in l. fina. ff. de condi. institutio.* & post *Azo. in Summa:* quod etiam probatur *in l. si pater. C. de institutio. & substitutio.* sic conditio dandi mille, pauperi adiecta, non solum potestatiua non est, verùm est pene impossibilis, vt in *l. cum heres in. §. nō est. ff. de statu liber.* ibi: Aut si tam difficilem imò penè impossibilem conditionem adiecerit, veluti si tibi hæredi mille dedisset. Denique cōditio dādi decem, ea habenti imposita, potestatiua est, nec vllus hoc negare poterit, & tamen si casu deficiat, deficit legatum, nisi legatum libertatis sit. Tex. est expressus in *l. Si peculium seruo. in. §. is cui seruus. ff. de statu libe.* ergo non est verum, quòd cōditio potestatiua casu deficiens habeatur pro impleta. Denique quæcumque sit conditio possibilis, si non deficiat facto illius, in cuius persona debet adimpleri, habetur pro defecta, etiam si sit potestatiua, vt dictum est: quod ex multis probatur.

Primò ex *Vlpia. in dict. l. inde Neratius in. §. idem Iulianus. ff. ad leg. Aquil.* 15

Secundò ex *dict. l. fi. de condi. institutio. & ex dict. l. vni. in. § sin autem sub conditione. C. de cad. tollen.*

Tertiò, quia in conditione dandi hoc videmus cuius defectus casu, vitiat dispositionē, vt *dict. in l. Cum ita datur:* quæ tamen, cum habet pecuniam ille, qui conditionem implere debet, est potestatiua.

Quartò, quia aliàs si fieret distinctio inter potestatiuam, & mistam, semper vagaremur in incerto, cùm potestatiua nō habeat terminos constitutos, vt *dict. § puto.* & licet in specie illius tex. videamur, etiam in incerto vagari, tamen ibidē est casus, qui habet rationem peculiarem institutionis necessariæ, in qua filius quæri non potest, si institutio in sua libera potestate relinquitur, si eius conditionis appareat non esse implementum difficile.

Quintò quia si regula doctorum esset vera, quod

[Margin: ... intelle- ... l. suus ... in. §. ...]

Denique dispositio principalis à conditione, modus verò, & id, quod sub modo est, à dispositione dependet: non tamẽ eadem ratione, quia conditio magis suspendit, cum impediat cessionem, dispositio autem non impedit cessionem obligationis, quæ in modo continetur, sed aduentum, & aliud est cedere diem, aliud venire diem Exempli gratia: legatum sit, si decem dederit, non cedit dies legati, nec venit antequam decem det; si vero legetur domus, vt det decem Titio, ex suspensione legati, quia vel non est adita hæreditas, vel nondum est soluta domus, pendet legatum, vel modus, decem, sed non ita, vt non cesserit, quia & interim transmittitur, vt in *l. heredis additio. ff. quando dies legati ced.* Item ante implementum modi peti potest id quod sub modo relictum est. vt *l. Quibus diebus. in §: Termilius. ff. de condit. & demonstrat.* data tamen cautione, vt ibi, sic in contractibus nominatis (nã in innominatis alia est ratio, vt *l. ex placito. C. de rerum permut.*) si fiant sub cõditione, donec impleatur cõditio, nec venit, nec cedit dies, sed si fiant sub modo, cedit statim, licet nondum veniat: Verbi gratia: si vendo tibi fundum pro decem, etiam nondum solutis decem, quia sub modo est cõtractus, cedit statim dies. Ideò actio oritur, & agere potes antequam decem soluas, licet repelli exceptione possis, vt in: *l. Iulianus. in §. offerri. ff. de actio. empt.* quòd si nondum esset orta actio, quia esset contractum sub conditione, non esset necessaria exceptio, cùm agere sine actione non possis. Ideò in priori specie male agere, in hac secunda nihil agere diceris, vt in *l. 1. in §. fi. in fi. ff. quand. dies. lega. vsus fructus ced. Azo in proœm. C. nu. 14. Bart. in l. 1. C. Vt actio. ab heredi. & contra hered. incip. & in l. Item quia in §. 1. ff. de pact.* & ita maximè interest contractus in vim modi, vel conditionis concipiantur, vt in. *l. cum ab eod. ff. de contrahend. empt. & in l. si intra*, vbi glos. & docto. notant. *ff de pact. per Barto. & Ias. in l. si quis cum debitore. ff. de iure iurand.*

De intellectu, l. Paulus. ff. de reb. dub.

Ex ista differentia inter conditionem, & modum, intelliges duas leges, quæ sibi videntur aduersari, scilicet *l. Paulus. 1. & l. Paul. 2. ff. de reb. dub.*
2 vt prior in legato sub conditione, altera in legato sub modo loquantur. Ad quod sciendum est, quod Digestorum iure non valet relictũ incertis personis simpliciter: vt lego centum illi, qui priùs Capitolium ascenderit, vel qui filiam meã acceperit in vxorem, vt est text. *in §. incertis vero. insti de lega.* licet incertis de certis legari posset, vt in. *§. sub certa. eo. tit. & in l. quidam relegatus. ff. de reb. dub.* verum tamen est, quòd personæ incertæ legari poterat, si à testatore ipso ad certitudinẽ redigatur in ipso testamento, vel codicillis, vt *l. institutio talis. ff. de condi. institution. &* hoc voluit *Marcianus*, licet glo. id non intellexerit in *l. si*
3 *quis ita scripserit. ff. de reb. dub.* Si quis ita scripserit (inquit *Martianus*) illis qui testamentum meum signauerint, hæres meus decem dato. Trebatius vtile legatum esse putat, quod Pomponius verius esse existimat, quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis, quod verum esse existimo] inquit *ibi Accursius*, non est bona ratio: certe Accursi; optima & elegans est ratio, quia cùm adhibitis testibus, id est rogatis à testatore, testamentum fieri debeat personis, quæ rogatu ipso, & confectione testamenti certè sunt, non incertis personis legatum videtur, adhibere enim testes, rogare est, vt *idem Accursi. in §. fi. in tit. de testamen. & alibi* sæpe notat. Denique si à testatore persona non reducatur ad speciem, legatum nullum esset, etiam si casu persona fieret certa ante Iustiniani tempora, valebit tamen relictum conditionis nomine incertæ personæ, non tamen sub modo, vt *dictis legibus Paulus primus & secundus* vt si testator leget domum Titio, si decem dederit illi, qui se mortuo priùs consul factus fuerit, vel Capitolium ascenderit, valebit conditio, nec aliter domum accipiet Titius, quàm si eam conditionem impleuerit, etiam si is in cuius persona debet adimpleri esset incertus, nec positum in conditione, cadit sub prohibitione de relinquendo incertis personis, quia non est legatum id, quod conditionis causa capitur, vt in *l, Si quis sub conditione. ff. si quis omiss. caus. test.* sed si ita legetur Titio domus, vt decem det illi, qui prior Capitolium ascenderit, vel consul factus fuerit, habebit quidem domum, nec tamen decem dare tenetur, quia ex legato ille acciperet, cuius incapax est persona incerta, sic multa possunt poni in cõditione, quæ non possunt poni in modo, vt etiam probatur in *l. filius familias. in §. secundum vulgarem. ff. de legat. 1. & in l. vxorem. in §. hered. ff. de lega. 3.* & ita *Paulus in vtraque ex dictis legibus* voluit ostẽdere differentiam inter conditionem, & aliud onus, aliam etiam differentiam posuimus supra isto lib. capit. 1. num. 5. & 6. & ita habes plures differentias inter conditionem & modum, sunt & aliæ quas infrà ponemus.

Intelle. l. si quis ita, de reb. dub.

Cõtra Accursium.

Sed videamus quando modus videatur adiectus, potiùs quàm conditio, quia effectu maximè distant, & in primis modus secernitur à conditione, ex verbis concipiendi, quia si legem Titio decem, si Stichum manumittat, conditio est, si verò vt Stichum manumittat, modus est. Nam coniunctio si, conditionem; vt verò modum inducit, vt per glos. in *l. 1. C de his, qua sub modo. leg. & Bart.* qui ponit alia verba quibus distinguuntur in *l. 1. ff. de cõdi. & demonst.* sed quia verba aliquando dubia sunt, ad secernendum modum à conditione, hæc regula est præcipua, quæ ex substantia ipsa conditionis, vel modi, percipitur: scilicet, quod vbicunque disponens, id, quod in conditionem, vel modum cadere potest, voluit impleri ante suam dispositionem; erit conditio, vbi vero postea impleri voluit, erit modus, non conditio, siue verba de se ipsis denotent modum, siue conditionem: hæc est regula optima *Bartolus in l. Quibus diebus in §. Termilius ff. de condition. & demonstrat. 2. col.* idem voluit *Bart. in l. licet ff vt lega. nomi. caue.* 4

Quando sit conditio, & quando modus.

In quo discernatur modus a cõditione.

Bart.

Bart. etiam *in l. diem functo. de officio assess. Imol. in l. Huiusmodi in princip. de lega. 1. Deci. in l. cum mota. in nu. 6. C. de transac*, allegatur ad hoc tex. in *l. Thias ancilla. in §. Stichus. ff. de fideicommiss. liberta.* Sed non videtur ille tex. hoc probare. facit tex. in *l. quaesitum ff. de condit. & demonstra.* sed clariùs probatur in *leg. Meuia. ff. de manumiss. testament.* vbi tex. inquit: Mæuia decedens seruis, nomine Sacco, & Eutichiæ, & Irenæ, sub conditione libertatem reliquit his verbis, Saccus seruus meus, & Eutychia, & Irene ancillæ meæ omnes sub hac conditione, liberi sunto, vt monumento meo alternis mensibus lucernam accendant, & solennia mortis peragant, quæro, cum assiduo monumento Meuiæ, Saccus, & Eutychia, & Irene non adsint, an liberi esse possunt: Modestinus respondit, neque contextum verborum totius scripturæ, neque mentem testatricis eam esse, vt libertas sub conditione suspensa sit, cùm liberos eos munumento adesse voluit.] Quod adeò verum est, quod debet considerari quid testator præcedere voluit, vt iudicetur modus vel conditio, etiam si ex hoc eius dispositio irritetur, vt est text. notab. in *l. Stichus. 3 ff. de statu liber.* facit text in *l. 1. §. fin. ff. de reb. eorum.* & quę latè dicemus de eadem lege prima in libro sequenti Denique conditionis implementum præcedere debet dispositionem, modi vero sequi. & vt ex gloss. inquit *Cuma. in rub. ff. de condit. & demonstr.* conditio suspendit, modus autem resoluit, & ita ex effectu intelligemus causam, nam vt *Cicero* inquit *in Topicis*, Vt causa effectum indicat, sic quod effectum est, quæ fuerit causa demonstrat.

Bald. in c. si. nu. 11 in fin extra de præsumptionib.

Supradicta etiam cũprobantur, quia vbi cõditio respicit executionem, quæ ex iam perfecta dispositione procedit, naturam conditionis amittit, cùm iam non pręcedat, nec suspendat, sed subsequatur dispositionem. vt in *l. his verbis. C. quand. dies lega. cedat.* inquit text. His verbis, do, lego Eliæ filiæ meæ, & Secundæ decem, quæ legata accipere debebunt, cum ad legitimam ætatem peruenerint, non conditio fideicommisso, vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimæ ætatis dilata videtur. Notat *Bart. in l. nu. 9. versi. tertia differentia. ff. de condi. & demonst. & in l. cum ex filio. num. 1. ff. de vulg. & pupi.* facit quæ ipse *Bart. in l. si cui legetur. in §. quod ante, de leg. 1. & Paul. de Castr. in l. si ita relictum. in §. Pegasus. de lega. 2. & Soci. in l. Publius in §. si. num. 3. de condi. & demonstra.* facit glos. nota. communiter recepta in *l. vniuersa in glos. fin. versi. sed tu dic. C. de precib. Impera. offe.* quæ vult, quod nunquam id, quod requiritur post dispositionem perfectam, irritum facit actum ipso iure.

Ex his apparet iudicem non satis legitimè
5 processisse, qui ex forma Concilij Tridentini dedit facultatem contrahendi matrimonium Titio cum Seia, ea conditione adiecta, vt antequam vxorem traduceret, vel commiscerentur benedictiones acciperent, quod cùm non impleuissent, matrimonium pronunciauit inualidum, quasi forma ab ipso in concessa facultate contrahendi non seruata. Nec enim deficiebãt tationes ex repertoriis, quibus opinionem suam tueri posset, scilicet defectus formæ irritare actum. Item conditio formam inducit, qua omissa actus irritus est nullus, & mille aliæ, quibus recentiorum abundant libri: sed errabat, quia nec erat forma, nec conditio, nec re ipsa, nec secundùm verba. Nam verba ea conditione vt, non faciunt conditionem, sed modum. vt in *l. quoniam. C. de rerum permut.* vt suprà dictum est, nec si verba conditionalia essent, id possent efficere: id enim eò pertinebat, vt omissi præcepti salutaris pœnitentia imponeretur, non autem vt matrimonium semel perfectum, irritum fieri possit, sed ille iudex, forsan studuerat per repertotia recentiorum, & non viderat textus nec doctores antiquos, nam non ita existimasset, si vidisset *Ioan de Imol. in dict. l huiusmodi. ff de lega. 1.* qui eleganter inquit. Quod si legantur Titio centum, si ex eisdem centum dederit 50. Sẽpron. modus est, nõ cõditio, quia necessariũ est, vt prius dentur centũ, vt ex illis possint dari quinquaginta, & facit ad hoc text. nota. in *l. filius familias in §. apud Marcellum in versicu. sed vix est ff. de lega. 1.* vbi text. inquit. Sed vix est, vt legatarium ex redditibus voluerit antea dare, quã fructus legatarius percepisset] Ex his omnibus manifestè deducitur non ex verborũ sono cõditionem, aut modum existimari debere, sed ex effectu, qui ex dispositione colligitur. Deducitur etiam cõditionem suspendere dispositionẽ, modum verò non suspendere dispositionẽ, licet aliquãdo differat executionẽ: vt in *dict. legis* verbis.

Tiraquell. cess. caus. 2. limitatio nu. 61. & vid. n. 60.

Deducitur etiam, quod licet conditio impossibilis aliquando efficiat inutilem dispositionem, vt colligitur ex eis, quę in cap. præcedentibus diximus; modus tamen impossibilis nunquam id efficiet. tex est. in *l. si fundum per fideicõmissum in § si Titio aliàs incipit lex, Si Titio pecuniam. in princip de lega 1. Bar. in l codicillis in princ. 2. col. de lega 2. not. Albert in l vnic. in §. pro secũdo. C. de caduc. tollend.* quinimo non solum id est in vltimis voluntatibus, in quibus non est mirum quod modus impossibilis non reddat inutilem dispositionem, cùm & conditio impossibilis reijciatur, verum & in contractibus, (in quibus impossibilis conditio semper reddit contractum nullum, vt in *l. impossibilis ff. de verborum obligatio.*) modus impossibilis non efficit contractum irritum, vt doctores ex glos. deducũt, in *l cum donationis. C. de transactio. & docto. in dict. l. impossibilis*, de quo præclarè disserit illustrissimus dominus Antonius à Padilla, inclyti consilij ordinum præses dignissimus, ac vir vt virtute, genere, ac pietate clarissimus, & in omni disciplinarum genere versatissimus, in *eadem. l. cum donationis. nu. 8. per totum*, pro qua opinione videtur tex. à contrario sensu, in *l. dictam C. de condi. ob causam.* inq. tex. Dictã legem donationi si nõ impossibilem cõtinet causam ab eo, qui hãc suscepit nõ impletã cõditioni facere locum iuris dicta disciplina.] Secus ergo si impossibilem causam contineret,

De modo impossibili

quia

quia non esset locus repetitioni, seu condictioni, facit optimus text. in *l. pen. C. eod. tit.* vbi text. inquit, Pecuniam à te datam, si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minimè repeti posse certum est.] Ecce text. in quo defectus modi casu, non culpa proueniens, non facit locum repetitioni, & sic firma remanet principalis dispositio, eadem ratione si ab initio modus impossibilis sit, non irritam dispositionem efficiet.

7 *De interpretat. gloss. in l. cum donationis. C. de transact. & infr. num. 10. 13. & 14.*

Sed videamus, num hæc conclusio doctorum, quòd modus impossibilis non reddat cõtractum inualidum, vera sit: In primis autem in hoc notandum est, quòd gloss. in *dict. l. cum donationis, C. de transact.* non simpliciter vult, quòd modus impossibilis à contractu reiiciatur, sed tantum ad effectum, vt si agatur, possit non obstante defectu modi impossibilis, repelli actor exceptione, quia vt dicit gl. in pari causa potior est conditio possidentis, & ita potius vult gloss. quòd modus impossibilis impediat actionem oriri ex contractu, non tamen ita reddat inutilem, vt ex eo exceptio oriri non possit.

8 *De intellectu l. si militem. C. de condict. ob caus.*

Secundò notandum, est quòd contra prædicta videtur fortis textus in *l. si militem, C. de condict. caus. dat.* vbi modus impossibilis adeo reddit contractum irritum, vt pecunia data ob id repeti possit, & ita nec exceptionem producat. Si militem, inquit tex. loquendo cum quodam Martiali, ad negotium tuum procuratorem fecisti, cùm hoc legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei numerasti, quicquid ob causam datum est, causa non sequuta, restitui sibi competens iudex curæ habebit.] Ecce text. in quo fuit adiectus modus impossibilis, & eius adiectio facit locum repetitioni, quia vt text. dicit, militem esse procuratorem legibus interdictum est: vt etiam probatur in *l. filiusfamilias, in §. veterani, ff. de procurator. & in l. si militem, & in l. qui stipendia. C. de procurator. cum ibi nota.* Ad istum textum pluribus modis respondetur ex mente doctorum.

1. Intellect. dict. l. si militem.

Primo modo ex mente *Bartol. in dict. l. impossibilis, in fin. ff. de verbor. obligat. & in l. dictam. C. de condit. ob caus.* quod ille text. loquatur in conditione, non in modo, & ita non obstabit dictæ opinioni, quod etiam gloss. posuit in *l. ab administratione, C. de legat.* sed vt *Ias. in dict. l. impossibilis, 2. colum.* animaduertit, text. non loquitur in conditione, sed in modo. Primò quia regulariter modus concipiendi contractus vltro citróque obligatorios, innominatos maximè, non est per conditionem, sed ita: do, vt des, do, vt facias. licet posit etiam ita concipi. dabo, si des, dabo, si facies: vt supradictum est. per *l. si intra*, & idem in nominatis, qui regulariter con-
6 cipiuntur per viam modi, vt in *l. in ciuile, in fin. C. de rei vendic. & in l. ea conditione, C. de rescindend. vendit. & in aliis infinitis.* Item quia in dubio potius iudicatur modus, quàm conditio. vt in *l. quæro, in §. cum inter.* vbi *Paul. ff. locat. & per Socin.* *in l. A testatore, ff. de condi. & demonstr.* & post alios, *Decius in l. cum mota. C. de transact. in num. 6.* & ita iste intellect. *Bartol.* quòd *dict. l. si mulier.* loquatur in conditione, non est verus, vt bene aduertit *Ias. in dict. l. Impossibilis.* licet ipse dissimulet difficultatem, & dimittat eam insolutam.

Secundo modo possumus respondere ad 10
2. Intellect. ad dict. l. si militem.

dictam l. si militem, ex doctrina *Bart. in l. pen. eod. tit. C. de condict. caus. dat.* vbi inquit, quòd licet contractus, in quo deficit modus sine culpa adimplere debentis, non retractetur, nec sit locus repetitioni, id verum est, ex causa non secuta, sed ex causa pœnitentiæ, repeti potest, sic in *d. l. si militem.* potest pecunia ex pœnitentia repeti, existente modo impossibili: & hęc opin. *Bart.* habet maximam rationem. quia si in contractu innominato, qui nullum habet defectum, est locus pœnitentiæ. vt in *l. si pecuniam, ff. de condict. ob caus.* multo magis & in eo locus esse debet, in quo inest hic defectus modi impossibilis. Notandum tamen est quòd hæc declaratio ad regulam doctorum, quod modus impossibilis non reddat inutilem contractum, nisi mediante pœnitentia, non adaptatur in omnibus contractibus, quia in contractibus nominatis, in quibus pœnitentia locum non habet, vt in *dict. l. in ciuile. C. de rei vend. & l. ea conditione. C. de rescin. vendit. & l. sicut ab initio, C. de act. & obligat.* non adaptatur. Secundò, non adaptatur ad gloss. in *dict. l. cum donationis.* quæ loquitur in donatione, in qua etiam non est locus pœnitentiæ, licet in ea adiiceretur modus, ex quo videretur produci innominatus contractus, adeò vt actio præscriptis verbis oriatur. vt *l. fin. C. de rerum permutat.* textus est notandus in *l. Arist. ff. de donat.* not. *Bart. in l. in ædibus in §. pri. eod. tit. idem Bart. in l. fin. num. 7.* & iterum in *fin. ff. de condict. ob caus.* licet ex capite causæ non sequutæ, repetitio detur, vt *l. 2. & 3. C. de condict. caus. dat.* & per plures leges illius tituli. Sed ad *dict. l. si militem.* bene adaptatur, quia non loquitur text. in donatione. Sed adhuc iste intellect.² non placet ad *dict. l. si militem*, quia in eadem lege significatur, quod pecunia repetitur, ex capite causæ non sequutæ, nec text. aliquid loquitur quoad pœnitentiæ caput, ideò cùm text. faciat vim in eo, quòd causa secuta non fuerit, non placet iste intellectus. Præterea caput pœnitentiæ videtur cessare, vbicunque non potest aliquid impleri, secundùm gloss. in *l. 3. in §. idem est, in verb. cessare, ff. de condict. causa dat.* facit text. in *l. pen. C. eod. titul.* sed illam gloss. non sequitur Bart. sed opinionem contrariam in *l. si pecuniam eod. titul.* qui tenet etiam vbi non potest impleri, esse locum pœnitentiæ.

Tertio modo possumus respondere ad dict. 11
3. Intellect. ad dict. l. si militem.

l. si militem. quòd ideò ibidem ex modo impossibili redditur contractus inutilis, quia ille Martialis, qui fecit procuratorem militem, eũ militem ignorabat, & ita erit optima declaratio ad regulam doctorum, quòd modus impossibilis ita demum non sit attendendus, quando

à ſciente adijcitur, ſecus ſi ab ignorante. Quod ſuadetur optimo ſimili, nam ſicut modus impoſſibilis reijcitur à contractu, vt eum inutilem non reddat, ita conditio impoſſibilis reijcitur ab vltima voluntate, vt eſt vulgare: ſed illa ita demum reijcitur, ſi teſtator eam prudens, & ſciens impoſſibilem adiecerit, ſecus vero ſi ignorans eam impoſſibilem, tunc enim reddit inutilem diſpoſitionem, vt in *l. ſeruo manumiſſo*, ſecundum docto. intellectum. *ff. de condict. indebi.* & eſt communis doctorum opinio. Ergo cùm termini ſint pares, & eiuſdem effectus, inter conditionem impoſſibilem in vltimis voluntatibus, & modum impoſſibilem in contractibus, modus impoſſibilis ab ignorante adiectus in contractibus, reddet inutilem contractum. Et iſtum intellectum ad *dict. l. ſi militem* poſuit gloſ. in *l. ab adminiſtratione. C. de lega.* & videtur tex. expreſſus in *l. cùm ancillam. C. de cōdict. ob cauſ.* vbi, ſi Titius dedit ancillam Sempronio, vt Sempronius manumitteret Titij filiam, quam poſſidebat, ſi verè ea libera erat, quam exiſtimabat ancillam, locus erit repetitioni, quia tunc impoſſibilis modus, qui poſſibilis à contrahentibus exiſtimabatur, locum facit repetitioni. & pro hoc eſt elegans *Vlpiani* reſponſum, in *l. 3. in §. ſi liber homo, ff. de condict. cauſ. dat.* in quo ita inquit, Si liber homo, qui bona fide ſeruiebat, mihi pecuniam dederit, vt eum manumittam, & fecero, poſtea liber probatus, an mihi condicere poſsit, quæritur, & *Iulianus libr. 10. digeſtorum* ſcribit, competere manumiſſo repetitionem.] Et iſtum intellectum probat *Bart. in dict. l. ſi pecuniam. col. 3. nu. 14. ff. de cond. ob cauſ.* iſte intellectus ad *dict. l. ſi militem.* verus eſt, ſed aliquantulum diuinationis continet, & eſt etiam duriuſcula interpretatio: cùm & negotia non ignotis ſoleant commendari, & qui cum alio contrahat, certus ſoleat, & debeat eſſe eius conditionis, vt in *l. qui cum alio, ff. de regul. iur.* licet ſi verè id ille Martialis ignoraret, hæc ignorantię culpa nihil efficeret, nec militem iuuaret, cùm dolus ſemper præponderet culpæ, vt in *l. Item ſi obſtetrix, ff. ad l. Aquil. & l. 1. in §. dolum, de eo per quem facta erit. & in cap. Si vero. de ſent. excommunicat.* in dolo autem eſt, qui immiſcet ſe negotio ſibi prohibito.

12 *4. Intellec. ad dict. l. ſi militem.* Quarto modo poſſumus reſpondere ad *dict. leg. ſi militem.* vt ille text. intelligatur in mercede, vel ſalario, quod ratione exercitij, vel laboris conſtituitur, quia quacumque ratione ceſſet labor & exercitium, etiam ex cauſa impoſſibili, ſalarium ceſſabit, & ſolutum reperi poterit, & pro hoc videtur text. elegans in *l. Seio amico, ff. de annu. lega.* ibi: Cùm tam labor, quàm pecunia diuiſionem reciperent.] vbi probatur quod defectus grauaminis pro parte, facit diminui legatum, etiam ſi deficiat ſine culpa legatarij, & hoc ex natura legati, quia reſpiciebat cauſam mercedis vel ſalarij, quod ceſſare debet, vel diminui ceſſante, vel diminuto labore, quod ſuadetur maximè, quia legatum illud magis videtur ſapere contractum, qui etiam ſi ex cauſa vltimæ voluntatis, vel præcepto teſtatoris fiat, retinet naturam ſuam. vt in *l. ſi fideiuſſor. in §. meminiſſe, ff. de lega. 1. & l. ſi hæres, ff. de actio. empt.* dixi latè ſupra libro præcedent. in cap. 3. in interpretatione legis ſi quis pro eo. ff. de fideiuſſ. Quinimo natura ſalarij, pro officio quod ſine ſumptu exercetur, vt eſt officium procuratoris, ea eſt, vt prius debeat officium exhiberi, quàm ipſum ſalarium ſolui, ſecundùm *Bar. in l. 1. in §. diuus. nu. 16. ff. de var. & extraordin. cogni. & in l. Titio 2. opi. num. 1. ff. ad municipal.* quo fit, vt in ſpecie *dict. l. ſi militem.* quodammodo ſit conditio potiùs quàm modus, cùm exhibitio officij præcedere debeat, quæ conditionis natura eſt, vt ſupra diximus num. 4. nec quod præuentum in danda pecunia fuerit, hoc ius mutat, quia implementum, ſeu traditio nunquam mutat rei naturam in damnum, ſeu præiudicium implentis, vt in *l. in traditionibus, cum his, quæ ibi notant. de pact.* & ita quodammodo ſaluatur primus intellectus ad *dict. l. ſi militem* ſuprà poſitus primo loco.

Quinto modo poſſumus reſpondere ad *dict. l. ſi militem.* (& iſte eſt verus intellectus & reſolutio tenenda) quod opinio doctorum, qui volunt, quòd modus impoſſibilis non reddat inutilem contractum, vera ſit in terminis gloſ. *dict. l. cum donationis*, ſcilicet in contractu donationis, cui modus impoſſibilis adijcitur, non autem in alijs contractibus, quorum natura eſt vt hinc inde obligatio conſtituatur: alioquin claudicatio in contractibus admitteretur, quæ regulariter eſt prohibita, vt in *l. Iulianus. in §. ſi quis à colludente, ff. de actio. empt.* text. notabilis in *l. 1. & in l. cum emptor, ff. de reſcind. vend.* Ideò in omnibus alijs contractibus modus impoſſibilis efficit, vt in effectu, ſi non impleatur id quod conuenit, etiam ex cauſa impoſſibili, ille qui impleuit numquam remaneat in damno, & ita qui hominem liberum, qui rē ſactam ignoranter emit, non amittet pretium quod dedit quòd impoſſibile ſit venditorē implere contractum: tex. in *l. liberi hominis. l. æde ſacra, ff. de contrahend. emptio.* quod maximè in innominatis contractibus locū habet, cùm vires, quas de ſe non habent, ex implemento recipiāt, ideò impoſſibile eſt, vt ille, cui adiectus eſt modus impoſſibilis, ex eo contractu agere poſſit, cùm actio oriatur propter implementum, nō aliàs: vt in *l. ex placito. C. de rerum permut.* & ita gloſ. in *dict. l. cum donationis. C. de tranſactio.* ſatis cū iudicio nō indiſtinctè loquitur de modo impoſsibili in cōtractu adiecto, ſed de eo, qui adijcitur contractui donationis, ſi dici contractus propriè donatio poteſt. Nam inter modum adiectum donatiom, & inter alios cōtractus maximè intereſt. Quia in donatione eſt pars accidētalis, poterat enim ſine eo pacto donatio ſtare, ſed in alijs contractibus, modus ipſe eſt ſubſtantia contractus, cùm niſi hinc inde obliget, ſtare non poſsit, vt in *l. in ementis. C. de contrahen. empt.* 13 *5. Intellect. ad dict. l. ſi militem.*

empt. & ita dict. l. Aristot. considerat hanc differentiam inter modum donationi adiectum (licet videatur ex eo quodammodo oriri contractus innominatus) & inter ipsos contractus innominatos, vt in prima specie, scilicet in donatione, locus non sit pœnitentiæ, etiam si in ea modus adiiciatur, ex quo innominatus contractus oriri videtur, & hoc est quod eleganter *Vlpian. in l. 2. ff. de donat.* optimè distinguit, an donationi fuerit adiecta conditio, vel causa, quo verbo modus significatur, vt nunquam defectus modi, sine culpa adimplere debentis, deficiens impediat effectum donationis, eademq; ratione impossibilis modus (cùm id, quod fieri non possit, sine culpa non fiat) non impediet donationem valere, modo ipso impossibili reiecto, qui si in alijs contractibus reiiceretur, totus contractus reiiciendus foret. vt *dict. l. 1. & l. cùm emptor, ff. de rescind. vendit.* quod est valde notandum.

14 *Pe intellectu l. ea quæ C. de dona. ante nupt.* Sed his omnibus obstare videtur text. elegans, qui videtur destruere dictam distinctionem, in *l. ea quæ. C. de donat. ante nupt.* vbi donatio ob impossibilem causam, seu modum impossibilem redditur inutilis. Inquit text. Ea quæ tibi, vt sponsæ daturum se promisit is, qui te, ficto cælibatu, cùm aliam matrem famil. domi reliquisset, sollicitauit ad nuptias, petere cum effectu non potest. cùm tu sponsa vxore domi posita, non fuisti.] Ecce text. quod etiam in donatione impossibilis modus efficit promissionem *1. Intellect. ad dict. l.* irritam. ad istum textum, quia doctores non ita explicant, possumus respondere: primo modo ex his quæ gloss. in *dict. l. cum donationis.* quæ voluit impossibilem modum in donationibus non nocere, vt ex eo contractu detur exceptio, non tamen detur actio, vt ex ratione gl. apertè colligitur, & ita non obstabit *d. l. ea.* quæ actionem negat: quæ intelligentia ad regulam generalem, quòd modus impossibilis donationem non reddat nullam, vt intelligatur, vt excipi possit, non etiam agi, videtur vera, nam ille qui agit, imprimis docere debet ex parte sua adimpleuisse. *l. Iulianus, in § offerri, ff. de act. empt.* quòd qui rem impossibilem promisit efficere non potest, ex quo intelliges regulam, quam doctores communiter ex dict. gloss. in *dict. l. cum donationis.* colligũt, adeò extenuari, vt ferè nullius sit considerationis, cùm in alijs contractibus præter donationem non procedat: nec in donatione ad effectum, vt actio competat, sed solum vt exceptio detur. Et ista opinio certè est vera, sed iste intellectus, licet applicetur optimè ad *dict. l. ea quæ.* cùm ibidem de actione agatur, tamen nec ad exceptionem illa promissio ibi proficiet, quod est contra dict. gloss. cùm loquamur in donatione.

2 Intellect. ad dict. l. si ea quæ. Transeamus igitur ad alium intellectum, scilicet, quòd ideò modus impossibilis donationem ibidem irritam facit, etiam quoad exceptionem, quia modus ille impossibilis non tam erat pars addita donationi, quàm substantia, sine qua subsistere non potest, erat enim donatio propter nuptias, vt in *l. cùm veterum, C. eod. tit. de donat. ante nupt.* in qua, si nuptias auferas, substantiam donationis propter nuptias, quæ specialis & propria est quædam donatio, quæ suam naturam separatam habet, auferas necesse est, & ita in *d. l. ea quæ.* ideò impossibilis causa, seu modus irritam reddit donationem, quia modus ipse erat donationis substantia, & hoc est quod eleganter inquit *Papin. in l. Auunculo, ff. de condict. sine caus.* Auunculo nuptura pecuniam in dotem dedit, neque nupsit. An eandem repetere possit, quæsitum est. Dixi, cũ ob turpem causam dantis, & accipientis, pecunia numeretur, cessare condictionem, & in delicto pari potiorem esse possessorem: quam rationẽ fortassis aliquem secutum, respondere, non habituram mulierem condictionem: sed recte rectè defendi, non tam turpem causam in proposito, quàm nullam fuisse: cùm pecunia, quæ daretur in dotem conuerti nequiret, non enim stupri, sed matrimonij gratia datam esse.] Ecce tex. singularem, in quo modus impossibilis adeò reddit actum inutilem, vt nec exceptio contra repetitionem competat, quia causa ipsa dat substantiam actui, non enim donatio propter nuptias, nec dos sine matrimonio esse potest, vt in *l. cùm veterum, & in l. cum mul. in § 1. C. de donat. ante nupt. & in l. 3. & in l. stipulatio, ff. de iure dot. & l. 1. in § pen. ff. de vsucap. pro dot.* plur. alleg. *Tiraqell. in tractat. de vtroque retract. in 2. part. in § 2. gloss. vni. num. 53.* facit text. in *l. incesta nupt. ff. de rit. nupt. & l. à Diuo Pio.* & exemplo eius, quòd elegantissimè inquit *Paulus iurisconsultus in l. pen. ff. de tutel. & rationi. distr.* possumus dicere sine nuptiis nulla eius rei significatio est, & pro ista interpretatione ad *dictam l. ea quæ.* facit elegans doctr. *Angel.* vbi eum sequitur *Ioan. de Imol. 3. col. versic. adde tamen prædictis, in l. Suus quoque, in princ. ff. de heredib. instit.* qui dicunt quòd licèt conditio reiiciatur, à legitima filij, tamen vbi remota conditione remoueretur substantia dispositionis, non potest reiici conditio: refert cum aliis *Anton. Gabr. libr. 6. commun. conclus. tit. de legitim. conclus. 1. num. 29.* facit text. notabilis secundùm veram interpretationem *Cuman. in l. quoties, in § si quis nomen, ff. de hered. inst.* latè per *Acost. lib. 1. dicta interpret. c. 3.* qui defendit Cum. sententiã.

Ad supradicta facit in simili text. notabilis in *l. si quis pro redemptione in versi. Nulla. C. de donatio.* vbi tex. vult, quòd si quis in refectionem domus incendio consumptæ donet, valet donatio etiam sine insinuatione, quamuis excedat quingentos solidos; sed non poterit in aliud, quàm in domus refectionem id conuertere, alioqui poterit repeti pecunia: licet enim modus, seu grauamen, cùm ponitur in fauorem illius, cui adijcitur, regulariter non obliget. sed possit sperni, vt in *l. filius familias. in § Diui.* vbi notant omnes doctores, *ff. de legat. 1. Ias. nu. 21.* facit text. in *l. Muciana. in fi. ff. de condit. & demonst.* & tex. in *l. 2. in § fin. ff. manda.* notat *Bar.* *De intelle. l. si quis pro redemptione C. de donatio.*

Franc. Sarmientas. H 2 tu

in l.quibus diebus,in §.Termilius,in num.13.ff.de condit.& demonstrat. & Bart. & Socin. in l.si is cui, ff. eod.tit. Tamen quia si ibi reiiceremus onus, seu modum,auferretur causa priuilegij, quæ est refectio ipsa, & ita donatio excedens summam quiogentorum solidorum remaneret inualida iure communi, ideò modus reiici non potest, quin contractus ipse reiiciatur. Et iste est verus sensus illius text.reiecto intellectu Ioann.Fab.in §.longè magis, in fin. instit. de legat. qui illum text. intelligebat, quòd ibi debeat modus in fauorem illius,cui adiicitur,impleri,quia est fauorabilis, & pius.argum. l.Titio centum,in princip.ff.de condit.& demonstrat.Et ita intellexit etiam Bart. in l.2.in §.fin.ff.de donat. & alij quos refert Tiraq. de priuil.pia causa. priuil. 64.

Reprobatur intell. Fab. & aliorum ad dict.leg.

Tamen iste intellectus doctorum ad dict.l. si quis pro redemptione. non est verus:nam si ibi esset donatio iure communi valida,quia esset infra quingentos solidos,posset modus sperni, vt ex textu apparet. Item licet ibi fauor refectionis efficiat vt valeat donatio, quæ non valeret, non tamen efficit, vt in donatione, quæ iure communi valeret, modus sperni non posset. quod apparet, quia si hoc esset verum, refectio domus esset ibi necessaria præcisè, ita vt compelli ad refectionem possit, nec fieret locus repetitioni pecuniæ ob refectionem omissam:itē etiam si esset infra quingentos solidos facta donatio, refectionis onus impleri deberet si esset natura modi,ob imaginatam à doctoribus pietatem adiecti. Tamen text. non sentit hoc esse necessarium,nisi donatio sit vltra legitimū modum, quia semper onus reiici potest, vbicunq; non est aliquis,cuius intersit vt impleatur,vt in l.pater filium,in §. Iulius Agrippa, ff. de legat.3. & in dict.§.Diui. & quòd Bartol. in dict.l.2.in §.final.ff. de donat. vult causam finalem inspici, non semper verum est, cū nullus agere vnquam possit, nisi sua intersit,vt iam ostendimus in c.1. in n.5. supra isto lib. Verius ergo est ibi modum obseruari debere non præcisè,cùm donans, cuius nihil interest, agere ad id non possit, sed conditionaliter,non tamen modus reiicitur, quia est talis, sine quo contractus valere non potest, & hic est singularis intellectus illius legis. Ita in dicta l.ea qua, C.de donat. ante nupt. & in d.l. auunculo. modus impossibilis vitiat donationem, quia modus est de substantia ipsius donationis,vel causa sine qua esse non potest, vt nullo modo possint separari, nam dos, & donatio propter nuptias,sine matrimonio,vt emptio sine pretio esse non potest.

Ex supradictis colligitur, modum impossibilem regulariter vitiare contractum, sicut & vitiat conditio,excepto donationis contractu, in quo modus impossibilis non vitiat, nisi vbi modus est pars formalis ipsius contractus.

15 Quare autem conditio impossibilis vitiet contractus,& non vltimas voluntates, gl.ponit rationem in l.1.ff.de condit. institut. quia contractus pendet ex voluntate duorum, quæ ratio

Defenditur ratio glossæ de qua infrà in fine.

per doctores reprobatur, quia magis ex hoc deberet è diuerso statui,mihi verò non displicet hæc ratio, est enim iustissimum, vt qui impossibilem conditionem acceptat elusus reperiatur, imputari enim ei culpa potest, quod in vltimis voluntatibus cessat, cùm in absentes & ignorantes conferri soleant. l. cum pater, in §. surdo & muto. de legat.2. & licet hoc obiici possit donationi causa mortis, in qua doctores volunt reiiciendam impossibilem conditionem. argum. l. quæ sub conditione, in §. hoc edictum, ff. de condit.inst. latè per recentiores in l. impossibilis, de verbor.obligat. Dec.in l.certi conditio, in §.quoniam, ff.si cert.petat. tamen id non obstat, quia verius est in donatione causa mortis non requiri stipulationem, vt latiùs deducimus in interpretatione legis, licet inter priuatos, C. de pact. ideò omnino assimilatur legato, & ita absenti, & ignoranti fieri potest, licet alio modo respondeat Acost. in repetit.l.cum tale, in §.si arbitratu, in num.3.ff.de condit.& demonstr.

Placet etiam ratio Bald. quòd ea ratione cōtractus vitietur ex impossibili adiecta conditione,quia contractus requirunt causam, vt in l.2.in §.circa,ff.de dol.except.& condit.habetur pro causa, vt l.à Titio,ff.de verbor.obligat.diximus latè in interpretatione l.seruo manumisso, numer. 4. si igitur est pro causa conditio,opus est vt ea impossibilis non sit, licet enim quælibet sufficiat, etiam quæ nullam vtilitatem in se habeat, vt ibidem diximus, non enim liberæ voluntatis ratio exigenda est,tamen non adeò libera voluntas esse debet, vt quæ à sensu & natura ipsa abhorrent,pro causa habeantur,vt patet. Item probatur hæc ratio Bald. quia si reiiceretur cōditio in contractibus, sicut in vltimis voluntatibus,remaneret contractus sine causa, & non valeret per supradicta: & licet subtilis Raphael Cuman.in dict. l.1.num.7.ff. de condit.instit. reprobet istam Baldi rationem, quòd,vt ipsius verbis vtamur, in contractibus causa non exigitur, vt valeant,sed ad effectum: tamen vbi ab origine actus, ostenditur vitium finis, initium etiam impeditur, sicut & impeditur effectus. argu. in l.Titio cum morietur,ff. de vsufruct. cum his, quæ latè tractamus in interpretatione materiæ cap. Tanta, qui filij sint legitimi.

Defenditur ratio Bald. contra Cuman.

Posset etiam dici quòd conditio impossibilis reiiciatur, quia habet in se tacitā ademptionem sub contraria conditione, quasi datum sub conditione, si digito cœlum tetigerit, ademptum videatur, si non tetigerit, sicut è contrario dicimus, vt in l. quod purè,ff. quand.dies leg.ced. & l.si legatum,ff.de adimend. legat. & in l. aliquando, ff. de condit. & demonstrat. & in l.si quis ita libertatem, in §. final. ff. de statu lib. & facit text in l.quibus diebus, in §. quidam Titio, 2.ff. de condit. & demonstrat. sed ademptio ex iniusta causa sine culpa instituti, vel legatarij, non valet, vt in l. paterfamilias, ff. de hæred. institut. sed hæc ratio licet sit subtilis, non est bona, quia sequeretur ex ea, quòd omnis conditio, quæ sine culpa

hæredis

[illegible] implen[illegible] pot[illegible] [illegible] [illegible] tacet, & [illegible] po[illegible] [illegible] de [illegible] [illegible] Ideo [illegible] qu[illegible] defendenda [illegible] ponit [illegible] *ff. de actio. & obligatio.* & de qu[illegible] ratione m ponit *Accur. in repetitio. l. cum [illegible] fi arbitratu. in 2. limitatio, ff. de condi-tio. & demonstratio.*

CAP. IV.

De captatoria voluntate, sub conditione vel modo concepta. & an sustineatur ad pias causas.

SVMMARIVM.

1. Quæ sit captatoria voluntas.
2. [illegible] instituentur, an sit voluntas captatoria.
3. Etiam in fauorem tertij non valet voluntas captatoria.
4. Captatoria [illegible] sub modo concepta, valet secundum Ruin. ed mal. [illegible] de hoc.
5. [illegible] vel m[illegible].
6. Captatoria dispositio an possit per modum concipi.
7. [illegible] nem instituere ad quid teneatur.
8. An fauore piæ causæ valeat captatoria dispositio.
9. An captatoria voluntas possit permitti consuetudine vel statuto.

LIcet multi de captatoria voluntate scripserint, tamen quia sunt nonnulla, quæ explicatione indigent, operæ pretium erit breuiter de hac re tractare.

1 Et in primis notandum est, quod doctores [illegible] ordi[illegible] appellant voluntatem [illegible] quæ Senatu[illegible] est reprobata, [illegible] ex [illegible] *ff. de his, quæ pro non script. habentur* vbi Iulianus inquit: C[illegible] Cornelia [illegible] caduce[illegible] qui sibi hæ[illegible] [illegible] eodem modo, quo [illegible] parte me Titius hæ[illegible] tabulis suis reliquerit, ea [illegible] inde habere [illegible] mento non [illegible] *Paulus* [illegible] [illegible] vt ponit [illegible] *illa institutiones. de* [illegible] *en.* verum etiam doctores eam dispositionem captatoriam appellant, quæ con[illegible] in voluntatem [illegible] [illegible] volue[illegible] [illegible] *illa institutio, ff. de hæredi. insti.* quæ [illegible] nem reprobat [illegible] est [illegible] probetur, non quod captatoria sit, vt [illegible] aduertit *Cuma* [illegible] *captatoria, de hæ-* [illegible] quia non est [illegible] quod [illegible] decreuerunt [illegible] in ipsa [illegible] non ex al[illegible] *Caius in dict. l. illa insti-tutio. Sarmiento.*

[illegible] S[illegible] *Cuma.* [illegible] *de* [illegible] *2. post* [illegible] *captato* [illegible] *Epist.* [illegible] hoc tenet, & [illegible] *tibi. extra. de testamen.* [illegible] *lib. 1.* [illegible] *tatio. cap. 21. nu. 7.* [illegible] *ar.* [illegible] *de captator volunt.* & [illegible] hos ter[illegible] [illegible] dan.

Sed [illegible] voluntate quæ capt[illegible] est, dicitur [illegible], in qua captat[illegible] est m[illegible] sta, si enim valeret dispositio hæc, Titium hæredem instituo, si is me hæredem instituat, occulte forsan hoc reuocarem, & Titius captus remaneret, vel [illegible] non fieret, spe mortis meæ in[illegible], haberet quem nollet hæredem, cum animus suus solum esset meam hæreditatem habere non au[illegible] conferre, quæ captio adeò vulga[illegible] apud veteres authores ea [illegible] ex *Lucian. in dialog.* [illegible] & *Martiale* sæpissimè appar[illegible], & ita Senatus consultum ei[illegible] remedium adhibuit, reprobando [illegible] [illegible] tiones, nec iam aliqui capi [illegible] inutiles esse tales institutiones, [illegible] captus mente fit. Et hoc iustissimè statutum fuit, quia & votum captandæ mortis etiam ministrabant. Item quia hæ correspectiuæ dispositiones in contr[illegible] solum admittuntur, qui reuocari non possunt, vt *l. sicut ab initio. C. de act. & obligat.* Ideò nulla captio contingere potest, at in testamentis, cùm reuocari semper possint, captionem præ se ferunt.

2 Sed mirandum est doctores nostros contra me[illegible] captiosiores dispositiones ad[illegible] e. Nam existimant leg[illegible] esse dispositionem, in qua, vel maritus & vxor, vel alij conuenti [illegible] Titius [illegible] quo[illegible] hære[illegible], vt [illegible] hæres sit, qu[illegible] post alter [illegible] altero mortuo, possit [illegible], & ita prædecede[illegible] de cep[illegible] re [illegible] admitti *Oldr. cons. 74.* & alij post eum *Bal. & alij vbi Ias. in princ. & Alciat. l.* [illegible] *inter priuatos. C. de pact.* [illegible] *plures quos refert Tiraquel. in tracta. de primogen.* [illegible] *68 Hispanus noster Xuar. in l. quoniam in prioribus.* [illegible] *limit. legi* [illegible] *C. de in* [illegible] *testament.* [illegible] autem [illegible] [illegible] ur. [illegible] qui [illegible] dicti do[illegible] bat superstitem, testamen[illegible] par[illegible] posse reuocare, quæ [illegible] ratio, vt [illegible] reuoc[illegible] non possit, vt in *l. si quis in [illegible] ff. de legat. 3.* vt [illegible] *Tiraquell. in loco supra allegato* denique, vt [illegible] institutio captatoria censet [illegible] prædictos per duas leges, ne[illegible] [illegible] conditionalem, qu[illegible] ex conuentione, & in [illegible] mul. & [illegible] vna sine alia sub[illegible] non po[illegible] *ff. de rescind. vendit.* [illegible] Nec [illegible] hoc [illegible] simpliciter fiat, an conditio [illegible] iuxta nota. in *l. potens.*

Error doctorum.

Contra Bologninum.

tens, C. de pact. maximè quia semper quando ista testament. insimul fiunt, promittunt inuicem non reuocare. Minus obstat quòd in proposita specie, in fauorem tertij fiat dicta conuentio, non in fauorem alterius ex disponentibus, quia istam differentiam tollit text. in dict. l. Illa autem institutiones. vbi inquit Paul. Sed illud quæri potest, an illud seruandum sit, quod Senatus censuit, etiam sim aliam personam captionem direxerit, veluti si ita scripserit, Titius, si Mænium tabulis testamenti sui hæredem à se scriptum ostenderit, probaueritque, hæres esto, quod in sententiam Senatusconsulti incidere non est dubium.]

Et hanc nostram sententiam, vt prædicta dispositio non valeat, vt vltimarum voluntatū commercium non admittatur, quod verba, Contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi ius. Vt dicit Vlpian. ff. de verb. signif. l. verba contraxerunt, saltem inter paganos videtur probare text. in l. licet inter priuatos, C. de pact. qui hoc decidere videtur, neque obstat quod in l. captatorias, ff. de hered. instit. Papin. ita dicat, Captatorias institutiones non eas senatus improbauit, quæ mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt.] Nam Papinianus loquitur de his institutionibus, quæ casu hinc inde ex affectione proueniunt, non de his, quibus conuentione & bonorum relatione dispositio firmatur. vt dict. l. licet inter priuatos, vbi expressum est. Denique in toto iure nostro non reperitur, quòd vltimarum voluntatum mercimonium permittatur, eamenim rem tanquam improbam detestatur text. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligat. & in l. fin. C. de pact. & in l. si non donationis, C. de transact. quòd ea res captionibus, & fraudibus maximè exposita sit. Ideò hæc doctorum in hac re opinio, cùm iuri sit contraria, placere non potest. Quid enim si vnus resiliat alio mortuo, vel ignorante, nónne fit fraus illi, qui bona fide processit? An dicemus pendere, vt si alter resiliat, omnia corruant; sitque vltima voluntas vnius, subiecta voluntati alterius? hæc omnia certè legibus improbata sunt, licet militibus successionem in pactionem deducere permittatur in dict. l. licet. quod in ea specie facilius admitti poterat, quod inter fratres, qui, simul instanti militiæ periculo subiecti erant, & qui, etiam sine pacto, alter alteri ab intestato fuerant successuri, & quòd aliqui volunt pactionem successionis reciprocam ibi admitti, non autem simplicem, vt sentit Tiraquell. de priuileg. pia caus. priuileg. 105. post Socin. in l. pact. in dotale, C. de pact. verum esse non potest, quia difficilius est reciprocam sustinere, quàm simplicem, quia in reciproca inest duplex vitium, alterum quòd hæreditas datur pacto, alterum quòd captatoria est talis voluntas.

Denique in pagano, quicquid sit in milite, vbicunque ex dictis conuentionibus [illegible] illé mutatur, qui [illegible] potestat [illegible] rem esset habiturus, opinionem Oldrad. non existimarem posse defendi, quòd plena captionibus & dolis & captandæ mortis alterius causa sit, & quod ex Theodosiana lege eam sententiam Alciatus comprobat in dict. l. licet, & lib. 2. parerg. cap. 31. vbi refert Theodosius laudantem Leontium & Iocundam, qui se in eodem testamento inuicem instituerunt, nihil est, cùm leges, quæ extra ius nostrum vagantur, dum alijs notis legibus non conueniunt, non sunt in aliquo attendendæ. Quòd si vel Leontius, vel Iocunda se altero ignorante, suam dispositionem mutasset, non essent laudandi, quòd cùm possit fraude contingere, fraudibus obuiandum est, ne alius decipi possit. Verum est quòd clarior captio est, quæ inducitur ex conditionali institutione quàm illa quæ ex simultanea dispositione inducitur, cum hæc, non illa [illegible] tribus permittatur, vt l. licet supra all. [illegible] l. captatorias. Sed in pagano vtraque est reprobata, quòd militaris simplicitas præsumptionem occultæ fraudis excludat, quid enim fraudes meditentur, qui apertè sunt mali: ex his apparet, quod, siue in vim conditionis, siue simplicis conuentionis captio inducatur in pagano dispositio est nulla, vt in dicta l. licet, adeò, vt mirandum sit, quod non defuerunt doctores, qui tenuerint valere conuentionem inter fratres, de succedendo inuicem. vt latissimè refert Anton. Gabriel libr. 3. de commun. conclusio. tit. de pact. conclusione 1. cùm sit contra eorum opinionem textus expressus in dict. l. licet. & quamuis [illegible] loquantur, quando [illegible] seruant aliqua b[illegible] de quibus [illegible] possit, tamen hoc non [illegible] lit, quando fiat [illegible] aus legi. [illegible] immò hoc mod[illegible] nec obest text. in l. si hi, qui inuicem, ff. de donat. caus. mort. quia loquitur in donatione [illegible] lari, non in ea quæ maiorem partem bon[illegible] contineat, vel potius deb[illegible] intelligi, vt in sequenti dicemus.

Sed quid [illegible] in vim modi vol[illegible] ta[illegible] concipiatur: nam in contrac[illegible] us & voluntatibus, multum interest quid sub [illegible] vel conditione fiat, v[illegible] si mutra, ff. de pact. donationu. cum gloss. C. de transf. diximus l[illegible] in [illegible] p. 3. [illegible] ra, isto li[illegible]. Et in hac pe[illegible] Ruin. libr. 2. consil. in consil. 2[illegible] incipient. v[illegible] mento: ex[illegible] mat d[illegible] nem c[illegible] ita demum nul[illegible] b cond[illegible] cipiatur, secus si [illegible] modo: vt tunc [illegible] modo captatorio, [illegible] maneat pura inst[illegible] quòd reprobat R. Episcopus Segobiens. in dicto cum tibi de te[illegible] ament. num. 13. nam al[illegible] ás de [illegible] fieret fraus [illegible] gi, quod n[illegible] fiat, l[illegible] x e tam [illegible] lis ext[illegible] nde [illegible] da[illegible] st, vt l. Sed & Iulianus, in l. [illegible] tui, ff. ad Macedon. & l. si quis adulterum. ff. ad l. I. de adult. [illegible] mè dixi [illegible] erpretat. l. ita v[illegible] neratus, ad [illegible] Aquil. & in propria materia [illegible] tendendum d[illegible] Senatuscon[illegible]ultum v[illegible] text. in dict. l. Illa autem inst[illegible] tutiones, cuius ve[illegible] supra retul[illegible].

Sed [illegible] ndum [illegible] R. [illegible] pum vi[illegible]rum alioquin [illegible] bone [illegible] f[illegible] anti

De intellect. l. licet inter priuatos.

Mercimonium in vltimis voluntatibus non admittitur.

3 Vide latissimè doct. Pedemont. 100.

5 sententia [illegible] probasse, dum existimat in specie per eum proposita, quæ differt omnino ab specie Ruini, eodum esse, non conditionem, sono verborum ductus, nam in specie illa, de qua ipse loquitur, instituo Titium hæredem, dummodo ipse me similiter hæredem instituat, conditionalis est institutio, quia verba hæc, dummodo, &c, si modo, conditionem faciunt, sicut ea verba, ea [illegible] quando faciunt modum, sono verborum [illegible] ctq. vt in l. quoniam asseveras, vbi not. Bal. C. de rerum permut. latissimè Tiraque. de retract. in 2. parte in §. 2. glos. [illegible] num. 76. & vid. quæ Bart. in l. 1. de cond. & demonstr. glos. 1. in c. R[illegible]naldus, extrau. de testam. licet malè intelligat illum text. qui loquitur de institutione pura, [illegible] Denique verba hæc, si me instituas, vel si modo, vel dummodo me instituas, conditionem efficiunt, nec inter se differunt, vt re ipsa ostendit.

6 Quoniam si recte inspiciamus, & conditionum naturam & principia consideremus, fieri non potest, vt in propria persona per viam modi concipi possit dispositio captatoria. Nam inter conditionem & modum hoc interest, quod modus qui est sequi debet post perfectam, & executioni traditam dispositionem, conditio verò præcedere debet, vt per Bartol. in l. quibus diebus. in §. Termilius, ff. de condit. & demonstrat. & latius de [illegible] supra isto lib. cap. 3. Sed si quis Seium ita hæredem instituit, vt eum Seius similiter hæredem instituat, necesse est institui testatorem à Seio, antequam Seio deferatur hereditas: & sic ante actus executionem, frustra enim mortuus instituetur. vt C. de cadu. tollend. l. vnic. vt de [illegible] Scæuola in l. Gallus. in §. in omnibus [illegible] ff. de [illegible] er. & posthu. [illegible] onus debeat, conditio est, non modus, [illegible] cumque sint verba, vt latè diximus in [illegible] capite tertio. Posset tamen fingi [illegible] s etiam in qua per viam modi dispo[illegible] fiat, vt instituo Titium, vt Caium [illegible] instituat [illegible] captatoria dispositio [illegible] si testatorem, verum si tertium [illegible] at, vt in dict. l. illa autem, ff. de hæredib. in[illegible] opus non loquitur in hac specie, [illegible] quæ in persona propria testan[illegible] [illegible] dus cadere non potest, [illegible] Carolus Ruin. videtur lo[illegible] nunc fingimus, & ita in di[illegible] modo, quia in themate [illegible] quod testator fecit substitutio[illegible] dummodo frater infr. octo dies [illegible] tionem, tamen quia id [illegible] ante hæredita[illegible] non potest esse modus, sed [illegible] supra [illegible]s.

Notandum tamen est, quòd vbi per viam [illegible] quis grauatur alium quàm testatorem [illegible] nisi de speciali & expressa contraria voluntate appareat, fit interpretatio per legem vt sustineatur volun[illegible] commissum. Nam [illegible] Lucium, hæredem Titium institua, vt [illegible] Titius Sempronium hæredem faciat, vi [illegible] tur fideicommissum grauatur ad restituendam Sempronio hæreditatem ipsius Lucij, non vt ipse Titius Sempronium instituere teneatur, vt in l. ex facto tractatum, ff. ad Senatus consultum Trebell. in princ. quæ facit mentionem in hac re de Seoatu, sicut & in l. filius famil. in §. vt quis hæredem, ff. de lega. 1. vbi inquit Vlpian. Vt quis hæredem instituat aliquem, rogari non potest, plane Senatus censuit perinde habendum, atque si rogasset hæreditatem restitui.] Et dictum Senatusconsult. fuit fortè idem, in quo captatoria voluntas fuit reprobata, quia ad illud pertinet hæc institutio, nisi iurisconsultus illam interpretationem adaptasset: crederem insuper quòd quamuis specialiter & expressè de bonis hæredis intellexerit testator, sustineatur ea dispositio, quatenus hæredes testatoris patitur. Et hoc voluit idem Vlpianus in dict. §. vt quis heredem. in sequent. respons. vt gloss. ex Azone bene interpretatur. & facit tex. in §. non solum: insti. de lega. & in l. vnum ex familia in § si rem tuam, ff. de lega. 2. & ita verum non erit, per viam modi captionem induci posse, quia in modo fit interpretatio per legem, vt bonorum testatoris fiat restitutio, quod omnem captionem excludit, quod Carol. Ruin. non satis intellexit, dum voluit prædicta procedere, cùm per viam oneris id fecit testator: vt instituo Titium, & grauo eum, vt Sempronium instituat, nam ex hoc inducitur fideicommissum, & procedit prædictæ leges secundùm eum, si verò isto modo, instituo Titium, vt Sempronium hæredem instituat, vult Ruin. quòd modus vitietur quasi impossibilis, in quo non videt Ruin. modum ab onere nihil differre. Quid enim interest Titio lego 100. vt det Seio 50. vel lego centum, quem grauo vt det 50. in specie igitur per eum proposita D. Episcopus malè, conditionem existimauit modum, & Carol. Ruinus etiam in hac specie per eum proposita, & insuper dum inter modum & grauamen constituit differentiam, & in modo discedit à dispositione dict. l. filius famil. §. vt quis heredem quæ loquitur in modo, cùm onus & modus idem sint. si tamen imaginari possit modus, qui esset captatorius, reijceretur ex regulis generalibus pura remanente institutione, & vera esset opinio Ruini in ea conclusione, quòd modus captatorius reijciatur, & non [illegible] tiet.

An autem fauore piæ causæ captatoria dispositio [illegible] mittatur, quæstionis est. Nam licet eam videatur admittere [illegible] in c. cum tibi de testa. secúdum vnum intellectum, tamen ille tex. non loquitur de voluntate captatoria, vt supra exposuimus, per Senatum reprobata, sed de dispositione, quæ in alterius confertur voluntatem, quæ non est captatoria, vt optime D. Episcopus Segobien. post Raphaelem Cuma. supra allegat. 8

De intelle. lin l. ex facto. §. ad Treb. & l. filius famil. §. vt quis. ff. de leg. 1.

Contra Carol. Ruin.

De pia causa an in hoc habeat priuilegiū.

in i[illegible] lo. cap. num. [illegible] considerat. E[illegible] ita [illegible] dispositione, d[illegible] res [illegible] confundant, [illegible] Gabr. d[illegible] conclus. lib. 6. tit. De pia caus. [illegible] ipse allegat, non loquuntur de [illegible] voluntate, sicut & Tiraquell. [illegible] in tract. de privileg. piæ caus. 6 4. privileg. D[illegible] D. Episcopus etiam favore piæ causæ, [illegible] nem [illegible] quia dol[illegible] non posse [illegible] fen[illegible] consuetudine, [illegible] statut[illegible] vt valida sit captatoria dispositio [illegible] tur, quia ex dolo pia causa lucrari non [illegible]. Item dolus futurus & delictum [illegible] to admitti non debet, sicut nec pa[illegible] pote[illegible] vt ff. de pa[illegible] vnus, in §. illud.

Sed hæc res [illegible] consideratur d[illegible] In p[illegible] favore piæ causæ fiat, species aliqua, [illegible] ptio in propria persona concipi po[illegible] si loquamur de causa pia Hospitali, vel [illegible] cum non habeant testamenti [illegible] non sunt enim [illegible] modo [illegible] pos- sunt ita dic[illegible] Ecclesiam, vel illud [illegible] fi[illegible] institu[illegible] certe non pot[illegible] hac [illegible] excogitari [illegible] Item in paupere quomodo potest captio ex[illegible] quis enim ex pietate pauperem [illegible] suo ea c[illegible] tione si ip[illegible] ab eodem paupe[illegible] tur, [illegible] cæterea [illegible] vnquam captauit pauperé? certé [illegible] non practicé hoc potest i- m[illegible] Sed [illegible] captio in vtraque specie, si in[illegible] ptio dirigatur piæ causæ intuitu, vt T[illegible] hæredem instituam, si [illegible] tale m, Hospitale, vel pauperes hæres des[illegible] cerit, ce[illegible] in hac specie quæ contingere potest se- quen[illegible] a est opinio R. D. Episcopi, vt res, quam dolum habere per legem est declaratum, nec p[illegible] favore permittatur, nam turpi acqui- siti[illegible] pia causa abstinere debet, vt in cap. fin.[illegible] quæ de simili captione loquutur, ex quo hæc quæstio deci[illegible]

9 Quoad secundum, vtrum [illegible] vel statuto, v[illegible] consuetudine hæ dispositiones probari p[illegible] non dubito posse, contra D. Epi- [illegible] non [illegible] statutum, vel consue[illegible] do [illegible] captionem admitt[illegible] vel po[illegible] vt l. 1. ff. de dol. except. Sed q[illegible] lex eas [illegible] ea [illegible] tione [illegible] [illegible] um, qui mu[illegible] sicut contractum [illegible] imo [illegible] pro- p[illegible] qua re [illegible] per legem non po[illegible] [illegible] natu[illegible] qua- re [illegible] us [illegible] c[illegible] ut [illegible] [illegible] de- [illegible]

An possit captatoria voluntas lege approbari.

be[illegible] vinum est. [illegible] n[illegible] us homi[illegible] de [illegible]

CAP. V

De [illegible] & [illegible] intepretatione [illegible] cet [illegible], C. de [illegible] modo g[illegible] sc [illegible] interpretatur.

SVMMARIVM.

1. *Ratio istius legis latissimè declaratur.*
2. *An [illegible] de [illegible] ista [illegible] donatio causa [illegible]*
3. *An requirantur quinque testes in ista l. licet.*
4. *An detur donatio [illegible] proca.*
5. *De intelle[illegible] l. si his, qui inuicem ff. de donat. causa mortis.*
6. *Verum in donati[illegible] an a mortis requiratur [illegible]*
7. *An possit in specie huius l. [illegible] alter militum reuocare suam voluntatem.*
8. *An detur vltima voluntas in genere.*

Licet [illegible] priu[illegible] s huiusmodi [illegible] qu[illegible] comprehenditur, vt [illegible] pervixe- rit [illegible] rebus potiatur, nec d[illegible] qu[illegible] d[illegible] causa [illegible] efficaci [illegible] in[illegible] [illegible] cum voluntas militum, quæ su- per vltimo vitæ [illegible] de que familiaris [illegible] [illegible] quoque modo [illegible] templation[illegible] [illegible] ducitur, vim postremi [illegible] pro[illegible] que te ac fra[illegible] tuum [illegible] commen[illegible] pergent[illegible] s, ob communem [illegible] tus fortunam inu[illegible] e [illegible] pactos, vt ad eum qui superstes fu[illegible] res eius, cur casus h[illegible] v[illegible] ta [illegible] per[illegible] erent existente con[illegible] [illegible] ex fra[illegible] ud cio, [illegible] [illegible] constitutionum [illegible] tur, etiam rerum e[illegible] co[illegible] ad te[illegible] tum [illegible]

In [illegible] p. [illegible] ad istam l. licet. C de pact. [illegible] poss[illegible] autem videmus, [illegible] & quæ [illegible] vo[illegible] tas [illegible] per[illegible] d[illegible] ir a captat[illegible] quæ aliás [illegible] de [illegible] infra. S[illegible] ib[illegible] cap[illegible] agitur con[illegible] tione [illegible] non p[illegible] propter [illegible] C[illegible] de [illegible] p[illegible] gia [illegible] n[illegible] prima ue[illegible] eat [illegible] cum [illegible] in [illegible] e[illegible] vt [illegible] 9 [illegible] aut [illegible] e[illegible] ea conuentio fiat, [illegible] ver[illegible]

verisimile sit eo tempore per fraudem ab alio reuocandam, est permissa, si tamen fraus talis deprehenderetur, non posset superstes id lucrum capere, vt infrà dicemus, & hæc est vera ratio istius legis.

Qualis sit voluntas de qua in l. licet.

2 Quæ autem sit hæc voluntas, an testamentum, vel causa mortis donatio, dubium est: quòd sit donatio causa mortis videtur probare hic text. quia dicit quòd nec demonstrat speciem donationis causa mortis efficacis: ergo si esset efficax, prout est in milite, erit donatio causa mortis. Sed contra Cyn. quòd donatio causa mortis quinque testes requirat, vt *l. fi. de codici.* glos. autem vult quòd non sit donatio causa mortis, cùm non sit donatio, quia non gratis, sed reciprocè facta fuerit, & ita onus habeat propter vicissitudinem: recentiores secundùm Ias. reprobant rationem glos. quia potest etiam onus donationi adijci. *l. ab eo. C. de fideicommiss.* Item quia omnia bona non possunt dari per pactum, vel donationem causa mortis. *l. ex eo. C. de contr. stipulat.* Item vt non sit donatio causa mortis, facit, quia non interuenit stipulatio, quæ requiritur in donatione causa mortis ante *l. siquis argentum.* Ideò *gloss. fin.* refert opinionem centium esse simpliciter vltimam voluntatem: ex ista gloss. Doctores inquiunt, quod est quædam vltima voluntas in genere, quæ nec sit testamentum, nec codicillus, legatum, vel fideicommissum, nec donatio causa mortis, sed vltima voluntas in genere. facit gl. in *l. cùm is, in §. fi. ff. de dona. caus. mort.* facit tex. in *l. cùm antiquitas in pri. C. de testamen.* ibi, Vel vltima quædam dispositio.] Et facit tex. *in l. vni. in §. fi. C. de caduc. tollen.* ibi. Vltimo elogio.] Nam ibi enumerat testamentum, codicillos, & donationem causa mortis: & dicit, omni vltimo elogio. ergo est aliud præter enumerata. & *Bal.* exemplificat in specie. *l. fi. C. fami. hercis. & Curt. Iunior in ista l. in fi.* & hoc videntur sequi doctor. ex quo erit reuocabilis hæc voluntas, vt tex. apertè sentit, cùm dicat quòd obtineat vim supremi iudicij, ideò reuocari poterit, cùm vicem testamenti, vel similis dispositionis sortiatur.

Vltima voluntas in genere reperitur secundùm Doct. sed infra reprobat.

Contra Cyn.

3 Sed examinemus prædicta. Primò quod Cyn. dicit in *ista l. licet.* non esse donationem causa mortis, quod quinque testes requirat, quos non habet, hoc certè & est diuinare in facto, & est falsum in iure, quia cùm miles cum duobus testibus possit testari, & poterit causa mortis donare sine solemnitate tot testium, sed sufficit probatio communis, quia relaxatio solemnitatis testandi, ad donationes causa mortis, legata, codicillos etiam pertinet. vt in *l. illud. in l. Marcellus, ff. de dona. caus. mort. & l. & fideicommissum, ff. de lega. 3. & in l. cum hic status. in §. si donator, versi. miles, ff. de donat. inter vir. & vxor.* hoc conuincitur argumento à maiori ad minus comprehensiuè, quod est argumentum necessarium, vt apparet ex his quæ diximus in libello de redditibus Ecclesiasticis. 4. parte, cap. 4. nu. 4. & 5. ideò ex hac parte nihil impedit quo minus donatio causa mortis sit, & hoc in propria specie tenet *Bal. in l. fi. col. pe. nu. 6. C. de testa.*

Quoad secundum, quod non possit esse donatio cùm non gratis, sed reciprocè fiat, in hoc recentiores dicunt, quòd & donationes admittunt grauamen, quod adeò verum est ex hoc, vt non amittant donationis naturam, nec transeant in innominatum contractum, nec pœnitentiæ locus sit, vt probatur in *l. Arist. ff. de donatio.* & in terminis nostris est expressum in *l. si hi, qui inuicem, ff. de donat. caus. mort.* quod nō minimam habet difficultatem: quando enim erit contractus, facio vt facias, vel do, vt des, si hinc inde simili existente promissione, donatio iudicatur? in quo certè tex. *in l. Aristo.* considerat vtilitatem, quo fit, vt & hic videatur considerandum quis plura bona habuisset, vt is donasse videatur potius, quàm alius. Sed puto, quòd in specie istius text. donatio indistinctè sit iudicanda, idem inspicimus quando effectus vtriusque concurrit, hic autem concurrere non potest, vt vterque alterius bona habeat, sed omnino ille, qui superuixerit habebit bona alterius sine onere aliquo, vt patet. Verum tamen est quòd licet hæc donatio sit, vt *dict. l. si hi, qui inuicem.* tamen ratione reciprocationis, & dubij euentus, plura habet hæc donatio singularia, vt arg. *l. si pater puellæ. C. de inoffic. testam. & l. 1. C. de pact.* facit text. in *l. quod autem. in §. si vir, ff. de don. inter vir. & vxo.* notat *Deci. in hac l. in nu. 11.* latissimè *Tiraq. in l. si vnquam. in verb. dona. largitus num. 110. & Hipp. in sing. 50. & sing. 333. Anto. Gabr. lib. 3. de commu. conclu. titu. de donat. conclu. 1. num. 62. & 63.* vel dici posset, quod in *dict. l. si hi qui inuicem,* sit inuicem facta donatio, potius casu, quàm conuentione, vt si tibi causa mortis domum donem, tu verò aliam rem dones etiam causa mortis, nulla facta inter nos conuentione, hæc inuicem fiant: si enim priùs conuenissent, tunc esset innominatus contractus, potius quàm donatio.

An possit esse donatio reciproca. 4

Dei item Bart. l. hi qui inuicem. ff. de do. caus. mort. 5

Item quia si fieret ex conuentione, esset captatoria dispositio, quæ & in particularibus legatis reprobatur, vt in *l. captatoriæ, ff. de lega. 1.* nec in donatione causa mortis aliud dici poterit: ideò meliùs est dicere quod sine conuentione fuerit ibidem inuicem facta donatio, & hic sensus ad *dict. l. si hi, qui inuicem.* non diuinat, quia cùm ibi non de hoc tractetur, sed donatio præsupponatur, & solum tractetur, an sufficiat simul mori, vt ea, quæ ex superuiuentia reuocantur firma sint. non inconuenit, vt præsupponatur donatio eo modo, quo donatio sit, licet & ea quæstio ad contractum innominatum, qui sub eadem conditione fiat, trahi posset, eiusque interpretationi deseruiat. Cùm in hoc nihil intersit qualis contractus sit, ad interpretationem dictæ conditionis, vel expressè impositæ, vel quæ tacitè insit, vt in *l. si inter virum, ff. de reb. dub. cum l. sequen. & in l. quod de pariter. & in l. cum qui nouissimus. cum ibi notat. ff. ad Trebel. & l. cùm hic status. in §. si ambo. vers. nam & circa.*

Fortè in donatione causa mortis Sen ut. conf. l. locū non habet. arg. l. tam 11. §. fin. ff. de dona. cauf. mortis. sed vide quæ ibi Cuma. & vid. Couar. in c. Raynaldus. §. 3. parte reg nu. 6. & 7. Sed d. § fi. non est captatoria, sed ex arbitrio alterius. vt c. preceden. in princ. dixim. Sed

forsan etiā dona caus. mortis sub captatoria forma admittatur: quia contractus est, & ita forsan intelligēda est dict. l. hi qui inuicē.

circa, ff. de don. inter vir. & vxor. & ita in specie istius legis. licet vel erit donatio causa mortis, secundùm priorem opinionem, vel secundùm posteriorem innominatus contractus. Notandum tamen est, quòd si contrahentes donationis nomen imposuissent, iudicaremus vt donationem ob causam, vt *l. cum ancillam. C. de condict. caus. dat. & l. 2. & 3. eo tit. & in d. l. Aristo. & l. fi. C. de rerum permutat.* & in ea specie loquitur tex. in *dict. l. hi, qui inuicem.* quando contrahentes sub donationis nomine paciscuntur.

Et de donatio. quæ sub mod. C. per totum.

Quod & hic dici potest, quia verbum illud, *potiatur*, saporem donationis præ se fert, licet non sit expresè appellata donatio.

Nec obstat quod hæreditas non possit dari causa mortis, donatione vel pacto, quia id non est verum in milite, cùm & codicillis hæreditatem dare possit, vt probatur in *l. militis codicillis, ff. de milit. testa.* & ita cessat prædicta difficultas.

6 Minus obstat, quòd in donatione causa mortis stipulatio requiratur, quia (omissa solutione Curtij Iunioris quæ nihil valet, cùm hic non dicatur promissum, sed esse pactos fratres, nec ad titulum quicquam faceret, si interuenisset stipulatio) verius est quod tenet glos. in *l. 1. C. de donat. caus. mort.* quòd donatio causa mortis semper sine stipulatione fieri potuit: si enim habetur pro legato, vt tanquam ex fideicommisso actio competat, vt dicit tex. in eadem l. 1. quare sine stipulatione non valebit? Nam quoad solemnitatem est reducta donatio causa mortis ad vltimam voluntatem, vt in *l. fi. C. de codicil. cum ibi notat. & l. si mortis causa. C. ad l. falcid. & in l. fina. C. de dona. caus. mor.* & videtur satis expressum in *l. illud, ff. de donat. caus. mort.* ibi. Quodcunque igitur in legatis iuris est, in mortis causa donationibus erit accipiendum.] Sed hoc quòd donatio causa mortis vicem legati in omnibus sortiatur, verum puto in donatione causa mortis propria, quæ morte donantis confirmatur, in ea verò quæ ob mortem alterius fit, iuxta tex. in *l. mortis causa filij:* & in *l. mortis causa capimus, in principio.* secus putò: in qua specie etiam dubitari posset, an ex pœnitentia reuocetur, cùm nihil commune habeat cum vltima voluntate.

Contra Francisci Curt.

Requirit tamē partis pœnitentiā, vt in l. inter mortis. ff. de donatio. cau. mortis.

Ex his intelliges veram esse opin. Ias. contra alios, in *l. sciendum de leg. 1. nu. 12. cum seq.* qui tenet quòd mulier prohibita donare, sine consensu consanguineorum possit donare causa mortis, sicut testari. Nam & minor 25. annis sine curatore potest donare causa mortis, sunt enim eiusdem rationis donatio causa mortis, & testamentum, vt *dict. l. Marcellus.* & donatione causa mortis numquam læditur minor, cùm semper cum fructibus rem condicere possit, si pœniteat, vt in *l. cùm quis, ff. de condictio, ob caus.* sed non eius hæres, cui potest liberè post 14. annum testando præiudicium facere, quicquid *Rip. in dict. l. Sciendum num.* 10. ea enim læsio, quæ per testamentum fit, non consideratur.

7 Ex his clarè apparet esse istam conuentionem, vel donationem causa mortis reciprocam, vel contractum innominatum causa mortis factum, quodcumque id sit, dubium non erit quod poterit pœnitentia reuocari, cùm natura ea sit donationis causa mortis, & contractus etiam innominati, vt *l. si pecuniam, ff. de condict. causa data.*

Hinc etiam sequitur, quòd si alter reuocaret istam conuentionem, vel donationem, non posse alio decedente eius bona vindicare, quia ex parte sua fregit fidem, & non impleuit, ideò ea conuentione vti non potest: imò res data potest condici, vt *l. 2. & 3. & l. cùm ancillam. C. de condictio. ob causam.*

8 Quod autem doctores nostri, vt supra retulimus, volunt hic nec esse donationem, nec aliquem specificum contractum, sed voluntatem quandam in genere remotam ab omni specie, ridiculum sanè est, esset enim inducere ideas Platonis, & metaphysicas quasdam considerationes, quarum nullus potest esse vsus in iure nostro. Genus enim abstractum ab omni specie est imaginatio quædam, non autem res aliqua, quæ sit in rerum natura, natura enim circa indiuidua versatur, nec vnquam genera produxit, nec producere potest. & ita *Cyn. in rubr. C. si cert. pet.* dicit quòd ponendo genus sine specie, videmur ponere quandam ideam; & *Bald. in rub. C. de probat.* eum referens, inquit: Quòd in rebus sensatis non est reperire aliquod genus ab omni specie extractum, illud enim esset tanquam idea, quæ non cadit in mente Legistarum. & *S Tho. in quæst. disp. q. 4. de creatione materiæ, in responsione,* ibi: quidquid enim in rerum natura inuenitur actu existit: quod quidem non habet naturam nisi per formam, quæ est actus eius: vnde non habet sine forma in rerum natura inueniri: & iterum cùm nihil possit contineri in genere, quod per aliquam generis differentiam ad speciem non determinetur: quod quidem non fit nisi per formam. Et ita *Senec. lib. 8. epist. 8. epist.* inquit, Cogitabile est, quod generaliter est tanquam homo generalis sub oculis non venit, sed specialis venit, vt Cicero & Cato. animal non videtur, sed cogitatur, videtur autem species eius, equus, & canis. Et notandum est, quod *Seneca* capit genus & speciem more Iurisconsultorum, qui species vocant genus, & indiuidua species, non verò vt Dialectici: cuius ratio est, quia (cùm obligatio in genere concepta non valeat apud Iurisconsultos, nam siquis animal promitteret, dando muscam liberaretur, vel pulicem, vt per gl. in *l. legato generaliter, ff. de lega. 1.*) genera non agnoscunt Iurisconsulti, sed genus vocant, quod plura indiuidua continet, species vero ipsa indiuidua, & ita solis his duobus terminis vtuntur genere scilicet, & specie, eo modo acceptis, quo à Dialecticis sumitur species, & indiuiduum, vt per *Bart. in l. Mæuius, in §. duobus. in princip. ff. de lega. 2.*

De genere & quod nō possit dari genus.

Genus qualiter sumatur apud Iurisconsultos. Singularis ratio.

Ex

Error Bald. Ex his apparet, quòd id quod in *dict. rubr. de probationib. Bald.* inquit, quòd datur probatio in genere, quæ non sit alicuius speciei, vt est illa probatio, quæ ex mixtis speciebus conficitur, quæ nullam speciem efficit. ridiculum est, alioqui lycisca & ἡμίονος non essent species animalium. Nam vt dicit *Damascen. de Dialectica.* „ Impossibile est tractare de genere sine specie, „ vel de specie sine genere, genus enim in species „ diuiditur, & quòd non habet species ex ipso „ diuisas, non est genus, & species ex genere diui„ duntur, & quæ non habent genus, non sunt „ species: quod vtrumque secundùm opinionem doctorum datetur, si tale genus admitteremus. Veritas igitur est quòd non potest considerari aliquod genus quod ad speciem reduci non possit, non enim est possibile in genere esse, quod in nulla specie est, secundùm Philosoph. & ponit *S. Thom. in 1. part. quæst. 7 artic. 3. ad 2. & in Quodlibet. 9. artic.* 1. contingit tamen, vt species nomen generis consetuet, vt de adoptione, & iurisdictione dicimus, quæ nomina sunt generum, & species tamen sunt: nam sic etiam dicimus contractus innominatos, qui non habent nomen specificum, non tamen hoc efficit vt genus sint, & non species. Sic ergo etiam si datetur vltima voluntas innominata, quæ nomen specificum non haberet, non ideò minus species esset, non genus, cùm nihil possit esse in actu nisi per suam formam, vt dicit *S. Thomas vbi suprà*, quod malè intellexit *Alciat. in rubric. num. 2. ff. de legat. 2.* quod aliquo modo sentit *Dec. hic num.* 12. sed non satis assequitur, cùm probet dictum Bald. quod suprà reprobando retulimus.

Contra Alciatum & Decium.

CAP. VI.

De vltima dispositione, quæ in alterius voluntatem confertur, & de interpretatione text. in cap. Cùm tibi de benignitate. extrau. de testament.

SVMMARIVM.

1. *Vltima voluntas non potest in alterius voluntatem conferri.*
2. *Noua ratio quare id introductum sit.*
3. *In hac dispositione facilis esset deceptio testantis.*
4. *Hæredis institutio vtrum possit in boni viri arbitrio relinqui.*
5. *In voluntatem hæredis legatum, vel fideicommissum relinqui non potest.*
6. *Substitutio vulgaris pendet à voluntate hæredis.*
7. *Interpretatio l. fideicommissaria libertas. ff. de fideicommiss. liber. in 1 responso.*
8. *Intellectus Ricard. de Salico. ad dictam l. fideicommissaria libertas.*
9. *Intellectus Cumani, quod sit speciale in fideicommissaria libertate, vt possit in voluntatem hæredis relinqui.*
10. *Quæ fuerit origo fideicommissorum.*
11. *Decius reprobat Cumani intellectum, licet Socinus eum malè defendat.*
12. *Intellectus Emanu. de Acosta. qui defendit Cumanum, sed differt eius intellectus ab intellectu Cumani.*
13. *Effectus libertatis fideicommissariæ relictæ in voluntatem hæredis, secundùm intellectum Acostæ.*
14. *Alius effectus & vtilitas dicti legati.*
15. *Reprobatur intellectus Acostæ.*
16. *Nouus sensus l. fideicommissaria libertas. 2. responso, & in quo versetur libertatis fauor.*
17. *Reprobatur intellectus Cumani.*
18. *De interpretatione l. fideicommissa in §. sic fideicommissum. ff. de lega. 2. & nu. 26.*
19. *Ademptio conditionalis efficit conditionale legatum.*
20. *Verbum, nisi noluerit, æquipollet verbo, nisi contradixerit.*
21. *Ademptio sub conditione, si hæres voluerit, valet, nisi hæres noluerit, est nulla.*
22. *De interpretatione l. vxorem. §. Scæuola. de leg. 3. de fideicommisso quando hæres voluerit. & quod si conditionale. & nu. 25.*
23. *De intellectu l. centesimis Kalendis. in §. fi. ff. de verbo. oblig.*
24. *Difficultas indissolubilis illius legis, nisi sit corrupta.*
25. *An fideicommissum, cum hæres voluerit, videatur datum post mortem.*
26. *Iterum de intellectu l. fideicommissa. §. sic fideicommissum: & quando hæres debeat declarare voluntatem suam.*
27. *Quando sine actione quis possit experiri.*
28. *An dispositio possit conferri in voluntatem tertij.*
29. *Inter Vlpianum, & Modestinum sunt contraria opiniones.*
30. *An opinio Modestini sit verior, vel Vlpiani.*
31. *Conditio, si ascenderit Capitolium, an facto impleri possit, & quid de conditione dandi.*
32. *De interpretatione textus in l. si quis Sempronium. ff. de hæred. instit. & quando dicatur voluntas expressa, vt vitiet.*
33. *An de iure canonico valeat dispositio in alterius voluntatem collata, & de intellect. cap. cum tibi.*
34. *Intellectus communis dict. c. vt intelligatur testator disposuisse ad pias causas, diuinas.*
35. *An verba text. importent arbitrium boni viri, & an ex hoc sit vocata pia causa.*
36. *Intellectus Hostiensis est melior, quàm intellectus Innocentij.*
37. *Intellectus Abbatis antiqui est verus, qui latè defenditur.*
38. *Quis dicatur intestatus decedere.*
39. *Quando quis dicatur decedere pro parte testatus.*
40. *An sit melior intellectus Hostiensis, vel Abbatis antiqui.*
41. *Vtrùm ex necessario consequenti inducatur hæredis institutio.*

1 DE captatoria dispositione, quæ verè captatoria est, vidimus in capitibus præcedentibus: sequitur, vt de ea videamus, quæ in alterius voluntatem confertur, quæ etiam à iure reprobatur, vt ex Pompon. apparet, in *l. si quis Sempronium, ff. de hæredi. institut.* non quod captatoria sit, licet malè doctores sic eam appellent, vt suprà ostendimus, Sed quod satis constanter veteres decreuerunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere,] vt in *l. illa institutio, ff. de hæredib. instituen.* Quare autem id decretum sit, glossa ibidem quærit, & respondet, cuius rationem defendit *Dec. in rubr. C. qui testament. facere possunt.*

2 Potest etiam dici, legem duodecim tabularum ita ordinasse vti quisque legasset, ita ius esto:] vt in *princip. instit. de leg. falcid. & in l. in verbis legis 12. tabularum, ff. de verbor. signific.* Ideò

Noua ratio.

veteres

veteres legum obseruatores maximi, verba illa quisque factum per se explicandum, non quod in voluntatem alterius conferretur, significare: & ita à persona non esse recedendum existimauerunt: vt in §. *sed cùm factum. de stipulat. seruo. & l. inter artifices, ff. de solutio. & l. vnic. in §. ne autem. C. de caduc. toll. & l. fin. C. de his qui ven. ætat. impetraue.* ita nec per procuratorem, nec curatorem testamenti factio potest explicari, vt notatur in *l. Aurelio, in §. idem quæsiit, ff. de liber. legat. & in l. 1. in §. fuit quæsitum, ff. ad Senat. consult.* Cùm etiam qui in alterius voluntatem suam confert, non satis firmi iudicij esse, ex sua dispositione ostendit: ideoque melius esse eum intestatum decedere, cùm & in ea successione lex naturalem rationem secuta, satis prouidam ordinationem fecerit, eamque potiorem esse, quàm illius, qui per seipsum disponere nescit: nam & testamenti factionem non habet, qui sui status est incertus, vt in *l. de statu, ff. de testament. & l. 1. in princ. ff. de lega. 3.*

3 Facit etiam, quia licet hæc voluntas captatoria alterius non sit, facilè tamen eueniet vt ab eo, cui maximè fidit, ita disponens decipiatur, dum aliter quàm ipse fortè existimabat, disponeret. Præterea nec inter viuos hæc facultas ita libera concedi potest, nam licet quis mandatum generale cum administratione libera concederet, non tamen tantum in ea comprehenditur, vt donare etiam concedatur, vt in *l. filius famil. ff. de donatio. l. contra iuris ciuilis regulas, in §. fi. ff. de pact. & l. procurator, cui generaliter libera. ff. de procurator.* multo minus vltima voluntate effici potest, in qua minus alijs concedendum est, quã inter viuos: cum ea, quæ inter viuos per nostros procuratores fiunt, nos meliùs dirigere & emendare possumus, & eos, quando non rectè fecerunt, prohibere. Denique testandi ius adeò personale est, vt diximus, vt per alium explicari non possit: sicut & alia sunt multa, quæ personæ cohærent, hæc autem
4 ad institutionem, quæ vniuersalis est dispositio, pertinent: nam in legatis & fideicommissis non concludunt, vt infrà dicemus.

Sed omissis rationibus, cùm sufficere debeat legem ita scriptam esse, hanc materiam explicemus. In qua tria sunt necessariò videnda. Primum, vtrùm testator possit relinquere dispositionem suam in voluntatem hæredis. Secundum, an in voluntatem tertij. Tertium quid iure canonico inspecto. Nec hic quærimus de voluntate illius, cui aliquid relinquitur, nam cùm inuito non acquiratur. *l. nec emere. C. de iure delibe.* nulla est dubitatio quin possit aliquis, disponere in voluntatem illius cui relinquitur, in *l. si ita legatum. in §. illi si volet, ff. de lega. 1.* sed de eo quærimus in cuius voluntate ad vtilitatem alterius, relinquitur dispositio.

Item etiam quæstio versatur non de arbitrio, quod boni viri iudicium respicit, sed de mera, & libera loquimur voluntate, nam in boni viri arbitrium legatum, & fideicommissum relinqui potest, vt in *l. si sic. ff. de legat. 1. & l. fideicommissa. in §. quamquam. de lega. 3. & in l. 1. ff. de lega. 2.* quod in hæredis institutione non facilè in aliqua lege reperitur expressum: nec verba tex. in *dict. l. illa institutio.* tali voluntati videntur fauere, quia licet in specie ibi proposita text. verbo voluntatis vtatur, in ratione tamen vtitur verbo arbitrij, quamuis possit de libero intelligi, quia hoc verbum æquiuocum est, vt patet ex *dicta l. 1. in fi. ff. de lega. 2. & in l. fideicommissaria libertas. in versic. quanquam. ff. de fideicommissa. liberta.* dict. igitur *lex, illa institutio,* ambigua est, & nulla est alia quæ loquendo de institutione, huic faueat interpretationi, vt in arbitrium tertij etiam tanquam boni viri hæredis institutio conferri possit. quòd si id admitti posset, non omisissent iurisconsulti: nec me mouerit quòd non videtur differre arbitriũ ab alijs conditionibus potestatiuis, vt *Vlpia.* probat in *l. in arbitrium. de lega. 2.* vbi inquit. In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest.] institutio autem omnes cõditiones non turpes recipit, vt per tot. tit. *ff. de condi. institutio.* docent iurisconsulti. & eas etiam, quæ sint in potestate tertij, vt si Titius in Capitolium ascenderit, vt *dicta l. si quis Sempronium.* quia dico quòd non omnino hæc comparatio valet, cùm arbitrium incertam rem magis relinquat, quàm cõditio quælibet alia, quæ facto ipso institutionem, vel defectam, vel perfectam, euidenter ostendit. Ideò durum videtur, vt ex alicuius arbitrio totius testamenti vires & institutio, quæ caput est testamenti, debeat pendere: in quo ego maximè dubito, nec sine causa, cùm nullus iurisconsultorum hoc explicare voluerit, & hanc opinionem tentauit *Deci. nu. 7. in l. captatorias. C. de militari testa.*

Hæredis institutionem posse in arbitrium boni viri, in nulla lege est expressum.

Videamus igitur vtrum in voluntate hæ- 5
redis possit legatum, vel fideicommissum relinqui, & in hoc text. expresse dicunt non posse. in *d. l. fideicommissa. in §. quanquam. de lega. 3. & l. Senatus. in §. legatum, ff. de legat. 1.* vbi text. inquit, Legatum in aliena voluntate poni potest, in hæredis non potest.] Sed hoc dubitationem habere videtur, Primo nam & institutio potest à voluntate hęredis pendere, vt Titiũ hęredẽ instituo: si Titius hęres esse noluerit, Caius hæres esto. notissima est hæc formula substitutionis, quæ à voluntate hæredis dependet, vt *l. 1. & in l. iam hoc iure, ff. de vulga. & pupil. & in l. 3. C. de hered. instituen.* not. doct. in *l. pater Seuerinam Proculam, ff. de condi. & demonst.* Ecce quod à voluntate Titij hæredis, Caij institutio pendet. *Alberi. in rub. de vulga. & pupill. institutio. 3. colu.* ponit istã difficultatẽ, cui respõdet, nõ esse verum, quod in proposita specie Caij institutio pẽdeat à volũtate libera, & absoluta alicuius, sed à tacita, & à cõtrario sensu sumpta, quæ admittitur, sicut & in specie text. in *l. fideicommissa. in §. sic fideicommissum. ff. de legat. 3.* vbi *Vlpia.* inquit. Sic fideicommissum relictum, nisi hæres meus noluerit, illi decem dari volo quasi conditionale fidei-

An valeat legatum in voluntatem hæredis.

Difficultas Alberic.

fideicómissum est,& primam voluntatem exigit.] Sed de hoc text. latiùs infrà differemus. nunc autem ad difficultatem *Alberic.* ex eius mente clariùs dicere possumus, quod hæc conditio, quæ vulgari substitutioni adijcitur, si noluerit Titius hæres esse, Caius hæres sit, non simpliciter in voluntatem Titij relinquitur, sed est facto, vel non facto admista, sicut Titius Capitolium ascenderit, vel non ascenderit, quæ potest semper adijci, vel si voluerit ascendere, vt infrà dicemus:& interpretatur in alia conditione *Iurisconsultus in dicta l. pater Seuerinam. ff de condi. & demonstr.* & ita conditio magis respicit personam instituti, si velit, vel nó velit sibi hæreditatem, quam eius voluntas respiciat directò vtilitatem substituti.

6 Denique prima institutio nó potest alterius voluntate pendere, secunda verò adeò potest in consequentiam pendere, vt ea sit de eius ratione,& natura: nam cùm prima institutio deferatur volenti, vt perueniatur ad secundã subsidiariam substitutionem, necessarium est, vt voluntatis prioris ratio habeatur, cùm in eius defectum cõcipiatur, nec est contraria ei, quod veteres decreuerunt, quod non comprehendit dispositionem, quæ in defectum alterius, cui primò relictum est, concipiatur: & ita quando vni datur id quod alteri datum est, non opponitur dicta regula,& hoc tam in institutionibus quam in legatis locum habet: cum & in legatis & fideicómissis vulgaris substitutio fieri possit, *vt l. vt hæredibus. ff. de lega.* 2. extra substitutionem autem, vt dictum est, in hæredis voluntate legatum, vel fideicommissum relinqui nequaquam potest, vt dictis legibus: ratio est, quia cùm hæres sit, qui obligari pro legatis debeat, nulla poterit dici obligatio, quæ in voluntate obligati relinquitur, *vt l. si. sub hac. ff. de actio. & obliga.* secundum *Bald. in 2. col. in d. l. 1. ff. de lega. 1.* & facit text. in *princ. institu. de obligatio.* quia, vt aliàs inquit Bal. nulla obligatio passiua potest esse potestatiua, sunt enim sibi repugnantia, sed de his alibi.

Sed contra supradicta stare videtur lex for-
7 tissima, in qua legatum in voluntatem hæredis relictum valet, in *l. fideicommissaria libertas ff. de fideicommiss. liberta.* vbi *Vlpian.* inquit. Fideicommissaria libertas ita dari potest: hæres si volueris fidei tuæ committo, vt Stichum manumittas, quamuis nihil aliud, quod in testamento sit, potest valere ex nutu hæredis.] Doctores antiqui in ea sunt opinione, vt istud dictum Vlpiani corrigatur per aliud eius dictum in eadem lege, in versi. quod si ita. vbi sic inquit Quod si ita scriptum sit, si hæres voluerit, non valebit: sed ita demum, si totum in voluntate fecit hæredis, si ei libuerit. Cæterùm si arbitrium illi, quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur.] Sed hic intellectus sustineri non potest: frustra enim *Vlpianus* statuisset, & scripsisset, quod statim esset emendaturus vt *l. nam ad ea ff. de conditio. & demonstr.* Præterea

De intellectu l. fideicommissaria libertas ff de fideicommiss. libert.

in versi. quod si ponitur diuersum factum, ideo mutatur ius, non autem ius quod in alio facto propositum est, videtur mutatum: cùm ex diuersis non posit fieri bona illatio, *vt l. Papinianus exul. ff. de minor.* ideò ad illum text. omisso communi, varij per doctores ponuntur intellectus, ex quibus aliquos referemus, vt possit hæc difficultas melius intelligi.

In primis Ricard. de Salicet. quẽ ibi posterio- 8
res referunt in *l. captatorias. C. de milita. testament.* vult, quod verba illa. Hæres, si volueris, fidei tuę committo, arbitriũ boni viri, non liberã,& nudã voluntatẽ significent, quod verbũ fidei tuæ innuere videtur, sed hunc intellectũ *ibidem* reprobat *Deci. n. 16.* quia si hęc esset vis horũ verborũ, nõ esset id singulare in libertate, sed commune omniũ fideicommissorum,& legatorũ, quę sub arbitrio hæredis, tamquã boni viri relinqui possunt, *vt l. si sic ff. de lega.* 1. tamen tex. id libertati tribuit, nec aliud eo modo relictũ valere existimat in *versi. quãuis.* cuius verba supra posuimus. Ideò 9
Raphael. Cumanus in dicta lege illa institutio existimat in illo tex. valere fideicommissariam libertatem in voluntatem hæredis relictam, vt in principio legis, non autem directam, vt in *versic. quod si ita.* & pro isto intellectu considero inter fideicommissariam libertatem,& directã, multum interesse, vt statim dicemus, sed non ob id quod *Ias. in dict. l. captatorias* considerat, quod verisimilius sit hæredem voluntatem suam præstiturum libertati fideicõmissariæ, quàm directæ, cum in fideicommissaria sit per manumissionẽ à se faciendam futurus patronus, cum directo manumissus testatoris sit libertus, nam omissis quæ circa hoc ponit *Acosta. in dict. cap. 21.* dico, hanc spem non esse alicuius momenti, si enim res ipsa, & expressa voluntas hæredis efficere id non potest, vt valeat ita relicta directo libertas, quomodo spes illa vana in fideicommissaria operabitur? nunquam enim potest plus præsumptio, quàm veritas, vt *in l. filio, quem pater. ff. de liber. & posthum.* nec spes, quam res ipsa: *vt l. aliquando. in §. fi. ff. ad Senat. consul. Vellei. & in l. cum tale. in § rescriptum in fi. ff. de condi. & demonst. cum concordan.* manifestum igitur est, dictam fideicommissariam libertatem non niti in hac vana spe: ideò si hic intellectus aliquid in se continet veritatis, id erit non ex natura solius libertatis fideicommissariæ, sed ex natura ipsius fideicõ- 10
missi, nam si fideicommissorũ originem perspiciamus, ea fuit, vt voluntate eorũ, à quibus relinquebãtur, vim acciperent, donec Diuus Augustus necessitatem fideicommissorum persoluendorum imposuit, vt in *princ. instit. de fideicommis. hæred.* vbi tex inquit. Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse, quia nemo inuitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat, & infra. Et ideò fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, cõtinebantur: postea Diuus Augustus. &c.] Nõ ergo fideicommissi naturæ repugnat, si origi-

Intellectus Ricard. de Salicet. ad ad dictã legem.

Intellectus Cuma. ad dict. leg.

Contra Ias.

nem inspiciamus, vt in hæredis voluntatem cõferatur: imò maximè conuenit, & ita inter fideicommissariam, & directam libertatem est maxima discriminis ratio, sicut & aliàs videmus *in l. libertates ff. de fideicommissarijs liberta.* facit tex. *in l. libertates directæ. ff. de manumiss. testam.* arg. contra. *in l. in libertatibus, eod. tit.* ideo doctores volunt fauorabiliorem esse fideicommissariæ, quàm directæ libertatis causam.

11 Sed iste intellectus non placet Decio, quia idem est in fideicõmissaria libertate, vt non valeat, si in voluntatem liberam conferatur hæredis: sed opus est vt boni viri arbitrio non autem libero relicta sit: nam in dicto versiculo cæterum subiungit *Vlpian.* Nam & eam libertatem deberi placuit, si tibi videbitur, peto manumittas, ita enim hoc accipiendũ, si tibi quasi bono viro videbitur.] Ecce quod loquitur de fideicommissaria libertate, in qua fit dicta distinctio. nam verbo, peto vt manumittas,] fideicommissaria libertas, non directa datur, vt patet: ita omnia exempla sequentia de libertate fideicommissaria loquuntur, & *Vlpianus* ipse expresse hoc dicit ibi: fideicommissum peti posse.] ideò ab intellectu Raphael. Cuma. discedit *Decius*. *Contra Socin.* *Socinus* autem in *l. vtrum in § .cum quidam numer. 4 ff. de reb. dub. vult*, quod alij versic. illius legis procedant iure communi, nulla habita ratione priuilegij libertatis, sed malè in hoc dicit Soci. quia absurdum esset, si libertas alio iure censetur, eam regulis contrarijs implicare, & contra *Intellectus Acost.*
12 ingenium Vlpiani, rem ita in obscuro relinquere: sed *Emanuel de Acosta lib. prim. Selectar. interpretationum cap. 22. Raphael. Cuma.* intellectum defendere conatur, vt prima text. pars loquatur in fideicommissaria libertate, vt valeat in volũtatem hæredis relicta: at in *versi. quod si ita.* loquatur in directa, quæ nullo modo valeat relicta in voluntatem hæredis. Postea vero *versi. cæterum*, qui loquitur tam in directa, quam in fideicommissaria, in quibus distinguitur, an in liberam voluntatem, vel boni viri arbitrium relinquatur textus intelligatur, vt debeatur libertas, si in arbitrium boni viri, non in liberum relinquatur. Nec id obstat principio legis, quia aliud est valere libertatem, de quo loquitur legis principium, aliud deberi, de quo loquitur versic. cæterum suadetur hic intellectus, quia si valet ex nutu & voluntate hæredis, ergo non debetur: non enim potest dici debitor, à quo inuito exigi non potest: Debitor (inquit *Modestinus*) intelligitur is, à quo inuito exigi pecunia potest.] in *l. debitor. ff. de verb. significatione.* quod etiam confirmat idem Acosta, nam & aliàs contingit, vt aliquid valeat: licet id non debeatur, vt in *l. centesimus Kalendis in § fin. ff. de verbo. obligat.* hic intellectus *Emanuel de Acosta*, licet ipse eum ponat pro defensione intellectus *Raphael. Cuma.* tamen maximè ab eo differt, vt patet, sicut statim clarius docebimus, & licet hic intellectus videatur sine effectu, vt libertas valeat, si exigi non potest, quam enim vtilitatem affert legatum ita relictum libertatis? nam si hæres nolit, non erit liber seruus: si vero velit, erit liber, etiam si testator id non iusserit, cum hæres, qui est dominus serui, possit semper manumittere. Quod igitur est priuilegium libertatis in ista lege, siue valeat prædictum legatum, siue non, cum vtroque casu sit futurus liber, si hæres velit, neutro vero si nolit?

Verùm si iste intellectus verus esset, non esset sine vtilitate, nam licet *ipse Emanuel. de Acosta* id non explicet, possunt multæ esse vtilitates: prior est, nam si legetur Stichus alicui, eidemque supradicto modo legetur libertas, erit in potestate hæredis eum manumittere: vt in *l. si idem seruus. & in l. qui testamento. ff. de leg.* 2. quod non posset facere hæres, si hoc modo libertas non esset relicta, cùm seruo simpliciter legato libertatem conferre non possit. 13 *Effectus fideicommissi secundum intellect. Acost.*

Sed notandum est quod licet iste effectus videatur maximus & subtilis, adeò vt quilibet facilè ex eo decipi posset, tamen hoc non affert aliquod priuilegium libertatis, quod *dicta l. fideicommissaria libertas.* afferre intendit; nam iure communi potest legatum etiam non libertatis in voluntatem hęredis relinqui, quando non est simpliciter in potestate sua positum, an detur, sed cui detur, vt in *l. vtrum. in § .cum quidam. ff. de rebus dub.* ita isto modo non solum sub fideicommisso libertas dari Sticho posset, si hæres velit eum liberum esse, sit liber. vel si nolit, eum Caio do, lego, vel domum Caio vel Seio, cui hæres velit, do, lego. Plurimum enim interest.] (inquit *Caius. in dicto. § .cum quidam*) vtrùm in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat si velit dare, an imposita necessitate dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedit.] Sed possunt effectus alij considerari, quia si valet legatum libertatis, eo modo quo *Emanuel de Acosta* vult, si manumittatur, poterit hæres in legis falcidiæ ratione eum seruum imputare, cum ex voluntate, testatoris fuerit manumissus, & huius legati erit habenda ratio, vt in *l. æris alieni, cum concordan. ff. ad leg. Falcid.* rursus non poterunt creditoris hæredis causari hãc manumissionem in eorum fraudem factam. *vt. l. qui autem & l. patrem. ff. quæ in fraud. credi.* quod fieret, si legatum libertatis non valeret, & hæres ex se ipso vellet manumittere: & ad istas vtilitates facit elegans doctri. Bat. per illum tex. in *l. si quis seruum. §. si inter duos. versi. quis enim dubitat. ff. de lega.* 1. faciunt quæ ponit *idem Bar. in l. si ita relictũ in § .fina. 1. opposito. ff. eodẽ titu.* quod est notandum. Aliæ plures vtilitates possent cõsiderari, sed ex supra deductis quilibet poterit illas inducere, nã & poterit hæres creditoribus venale hoc efficere, ex his quę alias diximus supra in libro 1. in capitul. 6. numer. 8. 14 *Singularis interpretatio.*

15 Sed videamus vtrum hic intellectus *Emanuel de Acosta* sit ita verus, vt est subtilis, & certè mihi placere non potest. Primò quia inquantum dicit valere libertatem ita relictam, sed nõ *Reprobatur intell. Acostæ.*

deberi,

debe[illegible] hoc numquam simpliciter verum esse poterit, quasi valeret, deberetur. Nam primũ volu[illegible]atem exigit: ideò si semel dixerit se velle, vt libertatis legatum competat, mutare voluntatem non poterit, arg *l. fideicommissaria in § si sic fideicommissum ff. de legat.* 3. & licet tex. in negatiua, non in affirmatiua voluntate loquatur, vt infrà dicemus, idem tamen [illegible] in proposita specie, si dicamus legatum valere & quamuis dici posset, præsumendum esse intellexisse hoc Acostam, & ita interpretandum eius intellectum, tamen adhuc placere eius intellectus non potest, quia text. in *dict. l. fideicommissaria libertas*, non facit in hoc vim, vt altero casu valeat, altero vero debeatur: nam deberi, & non valere text. dicit: deberi nuquam, si non totum in voluntatem sit relictum hæredis, non valere, si totum: & ita inter valere, & deberi non distinguit lex. Item tex. in principio ponit verba hæc, fideicommissaria libertas ita dari potest, quod verbum non magis valere, quàm deberi significat, nec est inconueniens quod sit in potestate hæredis, quia hoc non efficit, quin impleta cõditione debeatur, sicut deberi diceretur, si relicta esset sub conditione, si hæres infra biduum Capitolium ascenderit, ascendente hærede.

16 Quid igitur in re tam difficili constituemus? Ego puto ex intellectu Ricardi de Salicet. posse confici verum *dicta l. fideicommissaria libertas*, intellectum: scilicet, vt verba illa, hæres si volueris, fidei tuæ committo, vt Stichum manumittas,] ad boni viri arbitrium fauore libertatis trahantur, nam in hoc dubium non est, illud verbum fidei tuæ, spem quandam secum præ se ferre, vt secundùm bonam fidem agatur, in qua maximè boni viri arbitrium versari certum est, vt in *l. quid si Ephesi. ff. de eo, quod certo loco*. & licet verbum si volueris, hoc euertere videatur, quia liberam voluntatem ponit, & hæredi liberum arbitrium præseruat, & ita vires illius verbi, fidei tuæ committo,] absorbere videatur, tamen libertatis fauore hoc admissum est, vt hæc verba simul iuncta, arbitrium, vt libertas sustineatur, importent ex eo quod in dubio, id quod vtilius libertati fuerit, debeat attẽdi, quod infinitis legibus potest ostendi, in quibus libe[illegible]is fauore fit interpretatio alio modo quam soleat aliàs fieri, vt in *l libertas, quæ in vltimum ff de manumiss. testamen. & in l. in libertatibus. eodem titu & in l. sub diuersis. ff. de condit & demonstra. in princi & in l. quod traditum est. eo. titu & in l Meuia. ff. de manumissio. & l. cum seruus, & in l. Diuus Pius. & in l. libertate sub conditione. ff. de manu. testament. & in l. verum est. eod titu. & in l. si idem seruus. ff. de legat.* 2 optimus tex. in *l generaliter in §. Siquis seruo. ff. de fideicommissa. liberta. & in l. Paulus respondit eodem tit.* Denique sufficit in obsc[illegible]e, vt libertas debeat præualere, secundùm *Marcianum in l. si seruus legatus. ff. de fideicommiss. liberta.* nam vt inquit *Paulus.* in obscura voluntate manumittentis fauendum est libertati, in *l. in obscura. ff. de regulis iuris: & l. si speculum. in § ff. de manumiss. testament.* Nam libertatis fauore conniuentibus oculis ad iuris subtilitates procedere debemus, vt eleganter inquit *Vlpian. in l. 4. in versic verum. ff. de manumissio*, quia vt inquit *Marcian.* Liber[illegible] nõ p[illegible] publica res est, [illegible] in *l. siquis rogatus. ff. de fidei. commiss. liberta.* quod verum est etiam si sub eisdem verbis, vnicoque contextu, libertas & aliud legatum seruo relinquatur, quia vt libertas valeat, aliter fiet interpretatio, quam in legato sit, ita vt vna determinatio diuersam interpretationem recipiat, vt est text. notab. in *l. si ita scriptum fuerit. ff. de manumiss. testament.* quo fiet, vt si in *dicta l. fideicommissaria libertas.* sub eisdem verbis & libertas & legatum seruo relicta essent, legatum irritum sit, libertas autem valeret; quod est notandum & secundùm istum intellectum, intellectus Raphael. Cuma. simpliciter non erit verus in omni libertate fideicommissaria, vt paret ex versic. Nam & eam libertatẽ, vt supradiximus, sed in ea sola, quæ sub prædictis verbis, quibus, expresse fides hæredis imploratur relinquitur.

Nec huic interpretationi obstat difficultas quam excitat *Emanuel. de Acost.* quæ non est leuis, scilicet quod videatur text. non de arbitrio boni viri, sed dè libera voluntate hæredis loqui, cum text velit, valere ex nutu hæredis libertatem, licet nulla alia in testamento relicta ex nutu valere possint. 17 Quia his ex supradictis respõdebimus, quod singulare sit in libertate, vt ex prædictis verbis, quæ rigore iuris attento, nutum hæredis significant, valeat legatum libertatis, & ita textum interpretemur ex nutu hæredis, id est ex verbis significantibus hæredis nutum, nam in effectu non ex solo nutu hæredis, sed ex boni viri arbitrio valet dicta libertas, & licet hæc interpretatio videatur aliquantulum dura, tamen si seriem totius legis consideremus, quæ nullum casum admittere vult, in quo in hæredis libera voluntate libertas valeat, minus erit dura hæc interpretatio, quam omnes aliæ, quæ à doctoribus fiunt, ideò istum intellectum probandum existimo, donec alius meliorem attulerit, & hæc quoad interpretationem dict *l fideicommissaria libertas*, quoad eam partem quę de voluntate agit hæredis. Nam alia illius legis responsa, quæ pertinent ad voluntatem tertij, infra explicabuntur & ita firmare possimus supradictã regulam quod in voluntatem hæredis non possint legata relinqui, etiam si libertatem respiciant, sed solũ in arbitrium, & quod q[illegible]do nascentur verba vtriusque naturæ, fauo libertatis præualet, vt ad arbitrium referantur. Nec obstat id quod Bart. dicit in extrauag. ad reprimẽdum in verbo videbitur. q. antepe. quia dissimilis est illa species, de qua etiam potest dubitari, sed dic me[illegible], vt dicemus, in *l. 1. ff. de lega.* 2.

18 Sed præ[illegible]æ regulæ obstare et[illegible] videtur tex. in *l. fideicommissa. in §. sic fideicommissum. ff. de lega.*

De interpretatione, l. si lega.

[illegible] sen- [illegible] B. l. si [illegible] missa- [illegible]

[illegible] tatis [illegible]

Franc. Sarmentus. I 2

deicommissa. in §. sic fideicommissum.

lega. 3. vbi *Vlpian.* inquit. Sic fideicommissum relictum, nisi hæres meus noluerit; illi decem dari volo, quasi conditionale fideicommissum est, & primam voluntatem exigit: ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi se noluisse. Ecce tex. in quo valet fideicommissum in hæredis voluntatem relictū: istum text. *Emanu. de Acosta. dicto lib. 1. Selecta. interpretatio. cap. 24.* declarat optimè, ideò ego breuissimè circa illius interpretationem pertransibo quia ibidem quilibet poterit videre, solum dicam, quod difficultas illius tex. in eo consistit. Quia licet illic potius videatur in voluntatem hæredis resolutio legati, quàm legatum ipsum conferri, tamen solum id in contractibus inspicitur, vt in *l. 2. ff. de in diem adiectio.* latissimè *Tiraq. in tract. de vtroque retract. 2. part. in §. 2. in gloss. vnic.*
19 *numer. 74. cum sequent.* in vltimis siquidem voluntatibus nihil interest, dationem, vel resolutionē verba respiciant, quia conditio adiecta resolutioni, dationem conditionalem efficit, vt in *l. quibus diebus in §. quidam Titio. ff. de conditio. & demonstrat.* not. *Barto in l. 1. numero 9. ff. eodem titul. & l. penul in fin.* vbi recentior. *C. de institu. & substitutio. Socin in l. Gallus. in §. videndum de lib. & posthum. Decian l. plerumque ff. de reg. iur.* & ita ademptio conditionalis efficit conditionalem dationem sub contraria conditione, vt in *l. legatum, ff. de adimend. leg. & in leg. quod pure, ff. quando dies lega. ced.* Nam legatum cum sub conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset. Inquit *Iulian. in dict. l. si legatum.* & ita videtur in illo tex. in *dict. § sic fideicommissum, datum sub conditione si voluerit hæres*, quod destruere videtur dictam regulam.

20 Sed pro solutione considerandum est, quod illa verba nisi hæres noluerit, non æqui pollent verbo si voluerit, sed verbo nisi contradixerit, & ita inducunt conditionem, non illam si hæres meus voluerit, lego: sed illam, si hæres meus contradixerit, non lego, & ita non obstant regulæ suprapositæ, quia non videtur constitutū legatum in voluntatem hæredis, non enim requiritur ius voluntas, vt legatum valeat, sed eius voluntas seu contradictio, vt non valeat. Nam sicut inter lætari & dolere medium est, vt docet *Plat. in Phileb. vel de summo bono. & in 9. de repu.* ita inter velle, & nolle est medium, nam tria sunt velle, & nolle, & nec velle, nec nolle: in ista tertia specie sine aliquo facto hæredis valet legatum, & ita non requiritur eius voluntas, nam eo nihil dicente, valet legatum per *regulā iuris. c. is qui tacet. lib. 6.* & istam distinct. probat *Vlpia. in l. quam Tuberonis in princip. ff. de pecul.* latissimè *Brocar. 1. Azo. rub. 57.* ex quo elegantissimè in-
21 fertur, si testator pure datum ita adimat, & nisi hæres noluerit non sit ademptum, quod vitiatorum [illegible] legatum, quia videtur datum sub conditione, si hæres voluerit: nec consistit legatum ex non contradictione hæredis, sed verba significant, vt interuenire debeat voluntas hæredis

Contra Epicurū, vide Cicer. 1. li. de finib. & etiam.

De ademptione in voluntate hæredis.

positiua, vt sustineatur legatum, quod manifestum est legatum corrumpere, per regulam supra firmatam. Nec me mouerit quod conditio tacita numquam subintelligatur, vbi ex hoc vitiaretur dispositio iuxta regulam tex. in *l. seruo alieno. in §. si ab impubere. ff. de leg.* 1. quia in specie proposita adimo, nisi hæres noluerit esse ademptum, sumus in casu claro, in quo, nisi voluntas hæredis superueniat, verba ademptionem euidentem præ se ferunt adeò, vt nulla sit opus subintellectione, quod est maximè notandum pro interpretatione dictæ legis.

Illud certum est, vt & *Eman. de Acost.* probat quod valet ademptio ita concepta, adimo legatum Titio, si hæres meus ademptum esse voluerit, quia contrariam conditionem adijcere videtur legato, scilicet, quæ in *dicto. § sic fideicommissum.* exprimitur. Ideò vt valeat legatum nulla hæredis voluntas requiritur, sed voluntas vt non valeat. Nec his obstat quod quibus ex causis datio legati inutilis est, ex eisdem causis etiam ademptio inefficax habetur, vt inquit *Florentinus, in l. legata inutiliter. in §. quibus. ff. de adimend. lega.* quia verum id est ex regula vulgari, quod operatur propositum in proposito, idem operatur oppositum in opposito, vt in *l. fi. in. §. fin. ff. de lega. 3. & in l.* Et si contra tabulas. *ff. de vulga. & pupil.* ideò conuenire debent termini, vt id quod efficit conditio, nisi nolit hæres in datione, operabitur in ademptione conditio, si voluerit, & per contrarium: quia ademptio cùm sit priuatio & negatio, vt pares sint termini, debet affirmatiua conditio ei applicari; vt valeat, sicut dationi negatiua: & ita cessant quæ in hoc *Emanu. de Acost. in dict. cap. 24. num. 7. & 8.* ponit, *circa solutionem dict. §.* quibus cui malè satisfacit.

Citra- [illegible] stam.

Ex his igitur colligitur, aliud esse aliquid re- 22
linqui sub conditione, si hæres voluerit aliud si non contradixerit, quia hoc vltimum potest poni in voluntate hæredis, non primū: sed contra, quia etiam primū, nam potest relinqui fideicōmissum, vel legatum ab hærede, cū ipse voluerit vt est tex. in *l. vxorem in §. Scæuola. ff. de lega. 3.* de [illegible] lo textu multa ponit *Acosta. lib. 2. Selectarum interpretat. in cap. fina.* sed nos breuiter illum textum explicabimus. Nam ad illū certe facilis est responsio, quia non relinquitur in voluntate hæredis, an debeat, sed solum tempus quando soluere debeat: ideo vsque ad mortem protrahere voluntatem potest, ita vt eo moriente necessario dies veniat, vt ibi, & *Vlpianus* eleganter in *l. fideicōmissa. in §. hoc autem ff. de legat. 3* vbi ita inquit. Hoc autem legatum cū voluerit [illegible] h[illegible] quandiu viuat is, à quo fideicommissum [illegible] est. Verū si antequā dederit decess[illegible] h[illegible]lius præstat. Et ita videtur legatum non [illegible] esse in voluntate hæredis an soluat, sed [illegible] soluat. Sed opponitur: ergo legatum purum est, & transmittitur ad hæredes, vt omnia le[illegible] ta transmittuntur, *vt, C. de cadu. toll. l. vni. in §. cum igitur & ff. quando dies lega. ced.* tamen tex.

De pret[illegible] l. [illegible] in § [illegible]

in *dict.* §. *hoc autem*, dicit cōtrarium: inquit enim. Sed si fidei commissarius, antequam hæres constituat, decesserit, ad hæredem suum nihil transtulisse videtur, conditionale enim esse legatum nemini dubium est: & pendente conditione legari videri decessisse fideicommissarium.] Solutio, non sequitur, non relinquitur in voluntate hæredis, vtrum soluat, sed solum quando soluat ergo purum est fideicommissum, nam sufficit quod diem habeat incertum, vt conditionale sit, vt in *l. dies incertus*, *ff. de condi. & demonst.* & ita licet, an debeatur non sit in voluntate hæredis, sed quando debeatur, tamen hoc sufficit, vt cōditionem contineat cum dies incertus, etiam si necessario extiturus sit, conditionem efficiat, vt in *dict. l. dies incertus*, *& in l. si pecunia*, *in* §. *quod ita ff. de lega.* 2. videtur tamen, *Scæuola* vult, in *dicto* §. *Sceuola*, collatum esse fideicommissum post mortem hæredis, quia eo die omnino dies cedit, etiam hærede inuito, ante verò non cedit nisi eo volente, quod rarum erit & hoc voluit expresse text. in *l. si ita relictum in* §. *fin. ff. de lega.* 2. vbi inquit *Pomponius* de testatore, qui ita disposuit, post annum, aut biennium, quam ego decessero, hæres dato, post biennium, videtur legatum, quia hæredis erit potestas in eligendo. Idem *Pomponius in l. si ita stipulatus fuero. ff. de verbo. oblig. Et Iabolen. in l. qui concubinam, in* §. *cùm ita* 1. *ff. de lega.* 3. ponit similem rationem, Et hoc etiam considerat text. in *l. Latinus Largus ff. qui sine manumission.* & ita ridiculum est, quod aliqui dicebant deberi legatum, vel fideicommissum post mortem, quod moriendo dicatur quis velle, quod in nulla parte iuris probatur secundum *Bart. in l. centesimis kalendis in* §. *fi.* 2. *col. ff. de verbo. oblig.* imò contrarium probatur etiam in eo, cui velle vtile est, vt in *l. si ita legatum*, *in* §. *illi si volet. ff. de lega.* 1. *& in l. si ita expressum ff. de condi. & demōstr.* imò vbi requirtur & adsit volūtas, moriendo cessat, vt probat tex. in *l.* 4. *ff. loca, & in cap. si gratiose. de rescript. libro* 6. *& in l. si pater, ff. de manumiss. vindict.* secus vbi contraria voluntas requiritur, vt in *l.* 1. *C. si manci. ita fuer. aliena*, *& in l. quæsitum in* §. *quod à Titio*, *& l. cum precario. in* §. 1. *ff. de precari. cum concordan.* Deniquè valet legatum, cum hæres voluerit, quia solum tempus confertur in voluntatem hæredis. Et legatum erit conditionale, quia dies incertus pro cōditione est: sed si adijciatur legatario hoe, cum voluerit, legatum purum est. *leg. Titia hæredis, ff. de condi. & demonst.*

23 Sed opponitur ex textu fortissimo, in *l. centesimis kalendis, in* §. *fi. ff. de verb. obliga*, vbi inquit *Paulus*. Si ita stipulatus fuero, cùm volueris, quidam inutilem esse stipulationem aiunt: alij ita inutilem, si antequam constituas moriaris, quod verum est. Ecce tex. in quo conditio illa, cum volueris, obligato adiecta, vitiat, nisi in vita constituat se velle. Quare igitur diuersum in *dicto.* §. *Sceuola. & in dicto* §. *hoc autem*, constitutum est, vt vsque ad mortem differre possit hæres, morte vero etiā si non constituerit, imò etiam eo inuito dies venisse videatur? Rursus si illa stipulatio nullum habet terminum, nisi solius voluntatis expressæ illius, qui promittit, quare valet, cum stipulatio illa si volueris, promittis, nulla sit? nam ibidem subiungit *Paulus*. Illam autem stipulationem si volueris dari, inutilem esse constat. Quid enim inter hanc, & illam interest? cum, vt elegantissimè inquit in hac materia *Pomponius in l. sub hac ff. de actio. & obligatio.* Pro non dicto est, quod dare nisi velis cogi nun possis, nam neque hæres, promissoris eius, qui nunquam dare voluerit, tenetur. Nec enim arbitrio debitoris esse potest, an debeat vt in *l.* 17. *in* §. *Sceuola ff. de eo quod certo loco.* Id autem in vtraque ex prædictis speciebus contingit, ergo quare in his diuersè respondet *Paulus* & ita duæ sunt maximæ difficultates in *dicta l. centesimis in* §. *fin. altera*, quia pugnat contra dictas *l. vxorem*, & *l. fideicommissa.* Secunda, quia *Paulus* secum etiam pugnare videtur, & contraria in non dissimilibus speciebus statuere.

Et licet doctores priorem difficultatem planissimè dissoluere existiment, vt aliæ leges in vltimis voluntatibus procedant, hæc vero in contractibus, tamen hæc responsio nullum pōdus habet: ex parte enim illius, qui teneri debet, nihil inter contractus, & vltimas voluntates interest, cùm non possit obligatio ex parte debentis esse potestatiua, siue ex vltima voluntate siue ex contractu proueniat, vt suprà ostensum est per dictam, *l. fideicommissa* §. *quamquam*, *& alijs legibus supra allegatis.* Item & in contractibus, sicut & in vltimis voluntatibus, verba hæc, cum volueris, obligationi adiecta, terminum vitæ habent, vt in *dicta l. Latinus largus ff. qui sine manumissio. poss. ad lib. parue.* vbi idem *Paulus* inquit. Inspiciendum est quid actum sit, vtrùm cum primum potuisset, vt manumitteret, an vt in potestate esset emptoris, quando vellet manumittere: priore casu facilè tempus deprehendi poterit, posteriore vtique moriente emptore, competit libertas.] Ecce tex. quod verbum quando vellet, mortis tempore circunscribitur, etiam si non constituent in vita se velle, nec dicere possumus id fauore libertatis constitutum esse, quia verba, quæ liberam voluntatem ostendunt, non amittunt naturam suam, etiam libertatis fauore: vt in *l. fideicommissaria libertas, ff. de fideicommissaria liberta.* & suprà dictum est. Verum est igitur iure communi ex verborum significatione in *dict. l. Latinus largus*, morte libertatem deberi, sicut & fideicommissum in *dicta l. vxorem*, *& in dict. l. fideicommissaria* & quod respondet *Cuma. in dict. l. centesimis*, §. *fi. quod in dict. leg. Latinus* apparet quod solum voluit conferre tempus quādo deberetur, nō vero an deberetur est mera diuinatio, nec est ratio quare id ibi contingat quam in §. *fina.* quid enim interest dicatur quādo velis, vel cum velis. Denique si aliquo colore defendi posset in contractibus verbum, cùm volueris, nullum terminū habere, vt nec morte obligatio

Contra doctores.

Demiselle- Bn. l. centesimis Kalendis. §. fi. de verbor. obliga.

... lat. de Peda ... 110.

Franc. Sarmientus.

obligatio cedat, neceſſariò fatendum erit nihil intereſſe inter verba hæc, cùm volueris, & illa, ſi volueris: cùm voluntas vaga, & quæ ad neceſſitatem niſi velis, perduci non poteſt, ſtipulationem viriet, vt in *dicta l. ſub hac. Pomponius* oſtendit. *Bart. in dicta l. centeſimis.* ridiculè neſcio quid de optatiuis, vel ſubiunctiuis comminiſcitur, & de futuris perfectis & imperfectis, vt aliud ſit promittere cum volam, aliud cum voluero, vt primum mortis terminum habeat, aliud non habeat.

Contra Bartol.

24 Ego verò, vt veritatem ingenuè fatear, agnoſco *illius legis centeſimis, §. ſi.* rationem non intelligere, nec credo quod prædictæ difficultates diſſolui poſſint, & puto Pauli reſponſum eſſe corruptum, deficereque negationem in *verſic. quod verum eſt*, deberet enim dicere quod verum non eſt, ita vt ſicut in vltimis voluntaribus, legatum cùm hæres voluerit, ita promiſſio hæc, cum voluero, mortis tempore circumſcribatur.

Contra Acoſtã defenditur Claudius Iuriſconſultus.

25 Notandum etiam eſt quod *Emanuel de Acoſta, Luſitan. in dicto cap. fina.* mordet Claudium Iuriſconſultum, qui in *dicto, §. Scæuola.* vult, fideicommiſſum cum hæres voluerit relictum, poſt mortem hæredis cedere, cùm veriùs ſit nõ mortuo hærede, ſed eo incipiente mori, deberi, quod voluntas in homine non poſt mortẽ, ſed moriendi tempore finiatur, vt in *l. fin. ff. quand. de leg. ced. vbi* conditio ſi hæreditatem non adiuerit, in vita inſtituti impletur. Nam vt inquit *Vlpian.* hæc conditio cum moriar, liber eſto, vitæ tẽpus cõplectitur, quod latiſsimè declarat *idem Acoſt. in lib. Select. interpretatio. 1. c. 14. ex Gellio & Diuo Auguſt.* Ideoque meliùs *Paulus in d. l. Latinus Largus* dicit Vtique moriente emptore competit libertas. Nec hoc eſſe inutile ſubtiliter ipſe oſtendit, vt ſolet, & vere, quæ ſubtilitas non eſt ſine effectu, nam morte, vel cùm moritur impleatur conditio, plurimum ſæpe intereſt, vt videmus in ſpecie *l. fina. ff. de condi. inſti. & alibi* ſæpe tamen quamuis *Acoſta* hoc ſubtiliter cõſideret, non ob id malè Claudius *in dict. §. Scæuola.* dixiſſe videtur, quia ſi in teſtamento, vel codicillis, legatum, vel fideicommiſſum hæres reſtituere iuſsiſſet, ſatisfeciſſe voluntati teſtatoris exiſtimo & ita volũtas vſque ad mortem extendi poteſt: & hoc eſt expreſſum in *l. vnũ ex familia. in princi. ff. de lega. 2. & in §. ſi duo.* vbi in teſtamẽto, quod poſt mortem confertur, poteſt fieri dicta reſtitutio, quod *Acoſta* non conſiderauit. Nec his obſtat tex. in *§ poſt mortem. inſtitu. de legatis*, vbi poſt mortem hæredis legari non poteſt, quia in propoſita ſpecie, poſt mortem, extenſiuè ſumitur, cùm & in vita reſtitui poſſit, ſi hæres velit, quod in ſua voluntate relinqui poteſt: item ibi refertur ius, & corrigitur, quod ante digeſtorum ius obſeruabatur, vt in *l. 1. de lega. 1.* quia text. loquitur de differentia, quæ in hoc erat inter legata & fideicommiſſa. & prædictæ leges loquuntur in fideicommiſſis, ideò illis non obſtat, *dictus. §. poſt mortem.*

Defenditur Claudius contra Acoſtam.

Cõtra Acoſtam,

Notandum etiam eſt circa interpretationẽ *dict. §. ſic fideicommiſſum.* quod id quod *Emanuel* 26 *de Acoſta* cenſet allegando Cuman. quod hæres debet ſtatim voluntatem declarare, vbi primum hæreditatem adijt, quod ſi id non fecerit, legatum firmum remanere, ex eo quod *Vlpia.* dicat primam voluntatem exigit. hoc textus non probat, quia id quod *Vlpian.* innuit, eò pertinet, vt variare non poſſit, poſt quam ſemel voluntatem ſuam expreſſerit, & ita inquit. Ideoque poſt primam voluntatem nõ erit arbitrium hæredis dicendi ſe noluiſſe. Non autem *Vlpian.* expreſſit iſtam voluntatem quam primum expediri debere, nam in negatiuis conditionibus, nõ intelligitur per legem tempus, vt cùm poſſit, impleri debeant, ſed in affirmatiuis, vt in *l. hæc conditio ff. de condition. & demonſtr.* nam in negatiuis, contrarium probatur, in *l. hoc genus. & in l. in mutiane, cum alijs eodem titul.* Ideò exiſtimo hæredẽ ſemper volũtatẽ explicare poſſe tãdiu quãdiu lis cum eodem de pecunia conteſtetur. Vt inquit *Vlpian. in l. 1. ff. de pen. lega.* Nec obſtat text. ſingularis in *l. cum quidam ita. ff. de lega. 2.* ibi: Niſi offerat cui hæres velit, & ſtatim offerat, ſine aliquo ſcilicet interuallo ſtatim competere petitionem, quia ille tex. loquitur quando aliquis hæres ex legato puro efficere tenebatur, nos loquimur quando ſolum conditio ponitur in perſona hæredis, vt in terminis *dict. l. 1. ff. de pen. leg.* quod eſt notandum, quia nullus Doctorum ita explicat *dict. ſic fideicommiſſum.*

Intellect. l. cum quidã de lega. 2.

Nec his obeſt ſi dicatur, ſi hoc verum eſſet 27 vt conteſtationis dies attendatur, nunquam effici poſſe, vt eueniat: cum ſine actione experiri nemo poſſit, vt in *l. ſi pupilli. in §. videamus ff. de nego. geſt.* ex conditionali autem legato actio nõ oritur ante eius implementum, vt in *l. cedere diem. ff. de verb. ſignific.* Quia huic difficultati facilè reſpõdetur, cùm etiam ſine actione quis experiri poſſit, quando ex iudicio ſperatur actionem oriri, vt in *dict. l. 1.* & probatur in *l. ſi Titius & Seius ff. de verbor. oblig. & in l. Si mandauero tibi. in princip. ff. mãdat.* notat *Bart. in l. 1. n. 9. ff. de except.* facit quod notat ipſe *Bart. in l. 2. in fi. C. de action. & oblig. & in l. hæres quandoque ff. de acquir. hæred.* quod ſi inſtes, ſi hæres litem conteſtatur, iam explicare ſuam voluntatem videtur, vt legatum non debeatur, quomodo ergo conteſtatione ius oriri poterit? reſpondeo: ſufficere ſi vocatus nihil reſpondeat ſed contumax ſit. Item etiam exiſtimo in ſpecie *dict. § ſi ſic fideicommiſſum*, ſufficere extra iudicialem petitionem, vt legatum purum efficiatur, ſi hæres non reſpondeat, nolle legatũ valere: arg. *l. ſi ex legati cauſa. ff. de verbo. obliga. & l. quod te, ff. ſi cert. petat.* & ita in ea ſpecie magis admonitio, quàm petitio ſit neceſſaria, ſicut & aliàs inquit *Vlpian. in l. ſi decem. ff. de verbor. obligat.* Nec obſtat *dicto l. 1. ff. de pen. lega.* quia hic ſola nuda voluntate poteſt hic actus explicari, ideò moram extra iudicialem ſufficere: at in *dicta l. 1.* ampliùs requirebatur, ſcilicet rei ſolutio, quod eſt notandum, quia doctores noſtri non ita interpretantur.

Et ubi nulla eſt petitio, nulla eſt mora.

Intellect. l. 1. ff. de pen. lega.

Nunc

28 Nunc quando dispositio in voluntatem tertij confertur videamus, & de institutione dubium non est in voluntatem tertij conferri non posse, vt in dict. *l. illa institutio. ff. de heredi. institu.* de legatis autem & fideicommissis, si in voluntatem tertij, tanquam in boni viri arbitrium relinquantur, dubium non est, quin conferri possint, vt *l. si quis Sempronium. ff. de. heredi. insti. & l. si sic. ff. de lega. 1. & l. fideicommissa. in §. quanquam. ff. de lega. 3. cum alijs*, si vero de voluntate libera, doctores communiter existimant in tertij voluntatem relinqui non posse, vt expressè hoc voluit *Modestinus in l. nõ vnquam. ff. de condit. & demonstratio.* vbi expresse inquit, quod licet legatum possit relinqui Seio sub conditione, si Titius capitolium ascenderit, & ita in voluntate sua facto, vel non facto comprehensa, non tamen potest sub voluntate nuda legari, si Titius voluerit, indeque dictum esse inquit, Expressa nocent, nõ expressa non nocent.

Sed contra istam opinionem quod valeat legatum factum sub conditione, si tertius voluerit, sunt plures textus, & omnes Vlpiani. Primus est in *l. 1. ff. de lega. 2.* vbi inquit nihil interesse inter conditionem si in Capitolium Titius ascenderit, vel si voluerit, quod expressè dicit *idem Vlpianus, in l. fideicommissaria libertas, supra allegata, de fideicommissa. libertate*, vbi *Vlpian.* inquit: Sed si ita scriptum sit, si Seius voluerit Stichum liberum esse volo: mihi videtur posse dici valere libertatem, quia conditio potius est: quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit. *Et in dicta l. 1.* inquit. quid enim interest si Titius in Capitolium ascenderit mihi legetur, an si voluerit. Et in *l. Senatus. in §. legatum. ff. de lega. 1.* quæ ex ff. Duareni apparet esse etiam Vlpiani, licet vulgo habeatur pro lege Pauli: & *Acost.* habuerit eam pro *l. Aphricani.* ad istas leges variæ dantur à doctoribus interpretationes, quę omnes literam ipsarum corrumpunt, & mentem: ideò ego existimo opin. *Eman. Acost. dict. lib. 2. Select. interpreta. cap. 21.* verissimã esse, quod Vlpiani, & Modestini fuerit contraria sententia, vt

29 *Modestinus* sicut in hæreditatibus, ita in legatis voluerit, non posse dispositionem in alicuius voluntatem conferri: Contrariæ verò sententię fuerit *Vlpianus*, vt sicut potest legari sub conditione potestatiua, quæ in tertij voluntate resideat, vt putà, si Capitolium ascenderit, ita possit legari sub conditione, si voluerit, & quòd hæc antinomia non fuerit à cõpilatoribus Digestorum animaduersa, nam quod *Christopho. de Castellio* princeps subtilitatum, vt eum meritò omnes appellant, *in dict. §. legatum*, quem Cuma. eius discipulus, suo magistro non inferior, refert, voluit, *dict. l. non vnquam.* Modestini, de legato in voluntate hæredis relicto intelligi, quasi ille Męuius fuerit scriptus hæres, defendi non potest, nam verba in aliena voluntate, potius tertij, quàm hæredis, vel legatarij significãt voluntatem, vt in *eodem* §. legatum, contra interpretationem doctorum, quæ apertè textum corrumpit. Denique veriùs est dictas leges nullam conciliationem recipere posse, sed esse antinomiam, *vt Acost.* rectè existimat.

Opin. Acosta contra alios defenditur.

Laus Cumani.

Cùm igitur habeamus Iurisconsultos contrariæ sententiæ, operæ pretium erit videre, quæ 30
harum opinionum de iuris rigore sit vera. Si sola authoritate esset agendùm Vlpiani ingenio nullum aliud cuiusuis Iurisconsulti præferrem, sed potius rationibus agamus: & in primis *Cynus in l. in ementis. C. de contrahend. emptio.* & alij post eum existimant nullam rationem alicuius legis in toto iure insipidiorem esse, quam illam, quæ ponitur à *Modest. in dicta l. nonnũquam* scilicet, expressa nocent, non expressa non nocent.] Nam ea ratio ferè semper est falsa, & rarum est, quin subuerti possit, cùm regula sit contraria, quod expressum non minus potest, quàm tacitũ, imò ferè semper plus potest. Rursus si in hac re Vlpiani rationem cõsideremus, etiam videtur leuis, & falsa, vult enim, vt hæc conditio si Titius in capitolium ascenderit, cum hoc ab eius voluntate depẽdeat, & illa si voluerit, sit eiusdem rationis, & tamen ex aliorum Iuriconsultorum recepta sententia differre, manifestum est.

Cyn. deridet rationẽ. Modesti. sed vid. nu. sequent.

Ratio Vlpiani est peior ratione Modestini.

Primò ex Pauli responso in *l. 3. ff de lega 2.* vbi licet non posit legari sub conditione, si hęc res voluerit, potest tamen legari sub conditione, si hæres in capitolium ascenderit, vel non ascenderit.

Secundò ex Pomponij sententia, altera adiecij potest institutioni hæredis, altera non potest, vt probat *Pomponius in l. si quis Sempronium. ff. de hæred. instituend.* Si quis Sempronium (inquit) hæredem instituerit sub hac conditione, si Titius in Capitolium ascenderit, quãuis non aliàs hęres esse posit Sempronius nisi Titius ascendisset in Capitoliũ, & hoc ipsum in potestate sit repositũ Titij, quia tamẽ scriptura nõ est expressa voluntas Titij, erit vtilis ea institutio, atqui si quis ita scripserit, si Titius voluerit, Sempronius hæres esto, non valet institutio, quædam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quando si verbis tegantur, eandem significationem habeant, quam haberent expressa momentum tamen aliquod habebunt.] Quod si quis dixerit ex hoc effici Vlpianum etiam velle necessario, vt nec posit quis hæres institui sub cõditione, si Titius capitoliũ ascenderit, nõ bene defendet Vlpianum, imò non multum aberit, quin dicat, omnes conditiones potestatiuas ab eo reiectas esse, vel conditionem si voluerit, adijci posse in institutionibus, quòd eam eiusdem rationis *Vlpianus* existimet esse, cùm illa, si in capitolium ascenderit, sed contra Vlpianum staret sententia expressa Pomponij & omnium veterum existimantium testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendere. in *l. illa institutio. ff. de hered. institu.* vnum certe obseruari potest paucissimas esse leges, quæ de conditionibus potestatiuis in tertij potestatem relictis, respectu institutionis loquantur, vt forte opinio Vlpiani etiam ea fuerit, vt

Absurdum ex sententia Vlpia.

rit, vt adijci non posint, quòd ex comparatione quam facit cum conditione, si voluerit colligi posse videtur.

Rursus etiam *Vlpianus* forsan conditionem, si voluerit, & conditionem, si in Capitolium ascenderit, in tertio esse eiusdem rationis existimauit, quod vtraque etiam fato impleri posit, s. vt sufficiat illum voluntatem quocunque modo accomodare, etiamsi aliud agendo de ea re quærebatur, non certus de hoc legato: quia licet conditio, hæc, si in Capitolium ascenderit, secundum *Vlpia. in l. 2. ff. de condi. & demonst.* debeat sciē-
31 ter impleri. Nam vt paruisse quis conditioni dicatur, etiam scite debet hanc conditionem in sertam, nam si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati] id tamen verum est, quando apponitur illi, cui sit legatum vel fideicommiss. sub ea conditione relictum, non autem si ponatur in tertij persona; quia tunc sufficit fato fieri, vt est communis doctorum sententia, secundum *Ias. nu. 10. in l. captatorias. C. de mili. testament. Acost. nu. 5. in dict. c. 21:* Nam conditio, quę est potestatiua, si honorato adijciatur, adiecta tertio erit casualis, vt patet. Sed vix est vt conditio, si voluerit, casu absque scientia posit impleri. Sed notandum est, quòd conditio dandi, de qua etiam loquitur dicta lex, semper debet impleri scienter, etiam si tertiò adijciatur, quia videtur testator ratione sui legati aliquid velle acquiri illi, in cuius fauorem adiecta est conditio dandi, quod non esset, si fato, & ignoranter adimpleretur, nisi fortè respectu alicuius certi effectus conditio esset imposita, quæ sic adimpleretur, vt puta si quis mille alicui legauerit, vt nubere posit, si alia mille eidem talis dederit, quia in ista specie existimarem fato fieri, sufficere: cum ratione effectus conditio fuerit adiecta, qui sequutus fuerit: ad quod faciunt plura quæ diximus de conditionibus ad effectum supra isto libro, in c. 1. vbi latißimè. Sed ad Vlpianum redeamus qui forsan intellexit conditionem illam si voluerit tertio adiectam fato impleri posse, vt illam si Capitolium ascenderit, voluntate esse implendam, vel quod hoc expresserit testator, vt collatio vtriusque conditionis per eum facta rectè procedat, vt infrà dicemus.

De interpretatione l. 2. ff. de conditio & demonstr.

Sed quicquid voluerit *Vlpianus* in sua ratione, videamus an dictum ipsius potius sit, quàm dictum Modestini, & certè Vlpiani sententia quod legatum posit in tertij voluntatem conferri, ex eo suaderi potest, quia lege duodecim tabularum, vt supra dictum est, caueretur, vti quisque legasset suę rei, ita ius esto] vt in *principio instit. de lege Falci*, & ita videbatur liberum esse testatori eo modo disponere. Et quod veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere] in lilla institutio sepius allegata, id potius ad hęredum institutiones, quibus hęreditas, quę iuris intellectum habet, relinquitur, quam ad legata, quæ facti potius sunt, pertinere videretur. Ideò Vlpiani sententia lege duodecim tabularum videtur niti: opinio autem Modestini, quod ipse crediderit veterum sententia omnia, quæ in testamentis continentur, comprehendi: nam ratio quam insipidam, & quodammodo ineptam doctores existimant, illa scilicet, expressa nocent, non expressa non nocent, non est ratio Modestini, licet ipsi doctores malè id arbitrentur, quod patet, quia ex ratione inferri solet ad dictum, sed in *dicta l. non nunquam*, dicit text. Indeque dictum esse expressa nocent, non expressa non nocent.] Ergo non est verum illam esse rationem, sed posito dicto, infert aliquando contingere, vt expressa noceát, quæ nō expressa, etiam si insint, non nocent, denique non hanc rationem ponit *Modestinus*, verum est quod copilatores digestorum hæc verba transtulerunt in iuris regulam, *sub titulo de regulis iuris l. expressa*, cum nec *Modestinus* hoc poluerit pro regula, neque regula sit, sed casus quidam singularis, quibus id contingit contra regulam generalem, qua cauetur, vt idē iuris taciti & expressi sit, nisi quando alio modo exprimitur, vt in *dicta l. non vnquam. & in l. si ita legatum in § illi si volet ff. de lega. 1. & in dicta l. si quis Sempronium. in fi.* vbi satis cum iudicio *Pomponius* nō ponit pro regula, sed in quibusdam speciebus id cōtingere ostendit, dum dicit, quædam enim in testamentis si exprimantur, quæ verba ostendunt non in vim regulæ id statui posse, cùm in quibusdam tantum casibus contingat, & ita magis exceptio quàm regula dici potest: denique in hac antinomia licet non sit ratio, quæ omnino cogat, vel Vlpiani, vel Modestini opinionem sequi, existimo à communi doctorum sententia non esse recedendum, vt legatum in tertij liberam voluntatem conferri non possit, maximè quia ratio Vlpiani, quod nihil intersit inter conditionem si voluerit, & inter conditionem si in capitolium ascenderit, nullo modo defendi potest.

Pro Vlpiano

Pro opini. Modestini.

Intellect. l. non nunqua. ff. de co. dit. & demonstr atio.

Sicut & ridicula Ab-bas. in c. il-lud 2. col. nume. 5. de iur. patro. nat. assis esse regulā quod ponit volus cum sit quasi contingens.

Notandum etiam est, quod licet *Pomponius in dicta l. si quis Sempronium. & Modestin. in dicta l. nō vnquam. ff. de condi. & demonstra.* contra Vlpianum constituat differentiam inter conditionem si voluerit, & conditionem si Capitolium ascenderit, quod in illa voluntas sit expressa, in hac verò nequaquam, tamen doctores vt refert *Ias. in l. captatorias. C. de mili. testa. nu. 10. & Acosta in dicto cap. 1. nu. 5.* volunt non esse opus in dicta conditione si Capitolium ascenderit, adesse voluntatem, quia sufficit fato impleri, siue casu, siue voluntate implendi conditionem: sed isti opinioni, videtur quod ratio iurisconsultorum repugnet: item notādum est quod licet opinio doctorum sit vera, errant tamen in applicatione illius rationis ad dictas leges, quia intentio iurisconsultorum fuit constituere differentiam inter istas conditiones, etiamsi in vtraque voluntas esset necessaria, alioquin inepta esset eorum ratio, ex qua argumētatur sæpe *Vlpianus, vt in l. 1. ff. de leg. 2. ibi:* Quid enim interest. &c.] & in dict. l. fideicommissaria libertas ideò in specie dictarum legum est ponendum exemplum

32 De interpretatione l. si quis Sempronium ff. de hæred. institu.

Error doctorum.

plum in quo testator expressè dixit, si Titius in Capitolium ascendere velit, sicut & in illa, si arbitrari voluerit, in dicta l. 1. de lega. 2. secundum intellectum doctorum: & quod *Pomponius & Modestinus* constituunt differentiam inter expressam voluntatem, & non expressam, non ita simpliciter est intelligendum, sed proprius id explicari debet, vt expressum ibi dicatur, id est simplex, & immixtum: non expressum, id est, quod cum facto est coniunctum. Et ita conditio, si voluerit, simplex reijcitur, adiecta vero cũ facto, vt si voluerit ascendere Capitolium, vel arbitratum, vel dare decem, non reijciatur: quia nõ simplex voluntas est, sed facto mixta, vel adiecta. Item etiam potest dici, in facto tacitam voluntatem inesse, quia si hæc voluntas testatoris ad notitiam illius, qui conditionem implere debeat perueniat, vt verisimile est, rarum est, vt sine voluntate fiat, & ita in voluntatem nudam & simplicem legatum relinqui non potest, in mixtam vero, facto vel non facto adiunctam, relinqui potest, quam iurisconsulti tacitam, vel non expressam vocant, quia sine facto non potest explicari, quod est valde notandum, quia doctores non ita declarant.

Interpretatio l. cũ ... testa...

33 Hæc omnia iure ciuili statuta sunt, quid autem de iure canonico sit obseruandum videamus, certum enim est, quod si ius ciuile non reperitur correctum, vtique seruandum est, vt notant doctores in cap. 1. de nou. oper. nuncia. sed an reperiatur correctum quæstionis est, nam de hoc videtur text. in *cap. cum tibi de benignitate. extra de testament.* vbi text. inquit. Cũ tibi de benignitate. & infra, in secunda quæstione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.] Quem textũ variè doctores interpretantur, communiter ex Innoc. intelligunt, vt qui in alterius voluntatem suam dispositionem committit, videatur ad pias causas testatus & ita inquit *Bart. in l. 1 col. 13. nu. 64. C. de sacros. Ecclesi.* quod est textus rotundus, quod dispositio captatoria valet ad pias causas, intellige captatoriã improprie, nam ista est captatoria, vt supra ostẽdimus in *cap. de captatoria voluntate.*

Contrarietas doctorum non animaduersa.

Sed in primis notandum est, quod intellectus Bart. & Innoc. directè sunt contrarij licet doctores hoc non animaduertãt, nec interpretentur. quia effectus dispositionis huius, instituo Titium si Seius voluerit, si valeret, hic est, vt si Seius voluerit, Titius sit hæres, si Seius noluerit, Titius non sit hæres sed in *c. cum tibi.* secundum mentem Innoc. quando quis in alterius voluntatem suam dispositionem confert, non videtur intestatus, quia ad pias causas testatus videtur, non vt in voluntate illius distribuere, vel non in pias causas possit. sed vt teneatur, vt clarissimis verbis vult hoc Innocẽt. & ita licet verbis in alterius voluntate id sit relictum, re autem ipsa interpretatione Innoc. quẽ alij probant, non est in eius voluntate cum ad pias causas distribuere teneatur. Et ita non est verum secundum opinionem Innocen. quòd detur vltima voluntas, quæ dependeat in effectu à libera alterius voluntate, cùm tamẽ doctores passim per *dictã l fideicommissaria libertas.* velint valere fauore libertatis, & piæ causæ, sed termini & effectus sunt contrarij.

Secundò considerandum est Innocentium non satis sibi constare in interpretatione dicti cap. dum vult ex istis verbis, de quibus in textu, induci institutionem illius, in cuius volũtatem dispositio cõmittitur, ipse quæ teneatur in pios vsus distribuere, nunc vero vult vt non sit hæres, sed distributor & ita quod successor ab intestato sit hæres. Sed communiter doctores volunt, vt intelligatur institutus ille, & bona debeat distribuere, vt verba text. non. videtur decedere intestatus] verificentur. Sed in textu nullum est verbum de pia causa, vt intellectus doctorum possit ex eodem colligi, quod magis clarè etiam ostẽditur, si integrum textum prout est in registro *Inno. 3. lib. 5. epistol. 38.* Antisiodorensi Episcopo scripta referemus, cuius verba hęc sunt. Cùm tibi de benignitate Sedis Apostolicæ sit indultum, quod ordinatio rerũ clericorum ab intestato decedentium, liberè in tua potestate, ac dispositione permaneat, volens omnem materiam scandali semouere, quod aliquando inter te, & tuos canonicos est subortum, super duobus nos consulere voluisti. Primò an appellatio vocabuli clericorum, tam ad canonicos, quàm ad non canonicos, extendatur. Secundò an illi, qui in dispositione, & voluntate alterius, suam committunt vltimam voluntatem, nihil per se penitus ordinantes, nec determinantes, quid cui loco, vel personæ conferri debeat, dicantur decedere intestati: Primæ igitur consultationi tuæ duximus respõdendum, quod appellatio clericorum, nõ solum alios, sed etiam canonicos comprehendit in secundo vero dicimus, quod, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Datum Lateran. Ex serie totius decreta. non apparet, quod textus velit istam dispositionem ad pias causas interpretandam, vnum hoc solum apertè ostendit, quod licet de iure ciuili non possit quis voluntatem suam alteri committere, præcipuè circa vniuersalem dispositionem, vt *l illa institutio. ff. de hered. instit.* tamen id permittit textus.

Intellectus commu. secundũ Abb. consi. 59. nu. 1. lib. 1.

34

Litera integ. c. cum tibi de benignitate.

Rursus etiam si admitteremus posse iure ciuili in voluntatem alterius, tanquam in boni viri arbitrium hæredis institutionem conferre, quod maximam dubitationem habet, vt supra ostendimus, idque si admitti posset, solum esset quando testator hæredem nominauit sub conditione, si Titius voluerit secundum boni arbitrium: tamen hic nullum hæredem nominauit, ideò fieri non potest, si nullus nominetur heres institutionẽ valere, vt in *l iubemus C de testa.* not. glo. *in isto cap. cum tibi.* deficiente enim hærede, intestatus quis decedit, vt in *l si nemo. ff. de reg. iur.* Rursus hic videntur esse verba, quæ denotent liberam

Absurda ex communi interpretatione.

liberam voluntatem, non arbitrium boni viri, ibi, voluntate.] Item si hæc verba videntur institutionem inducere illius, cuius in voluntate omnia relinquuntur, ergo tanquam bonis suis poterit vti, nec in piam causam, vel alio modo expendere tenetur, cum non sit aliquod fideicommissum inductum, nec aliquo onere reperiatur grauatus.

Item quando fideicommissum, vel legatum est omni ratione incertum, prout est hic tam ratione personarum, quàm rerum, non possumus dicere piam causam videri vocatam, quia secundum hoc, omnia illa, quæ sunt incerta ratione personarum & rerum, deberentur piæ causæ, quod non est verum. Imò vitiatur dispositio, si testator dicat lego cui, & quantum Titius arbitretur quinimo incertum legatum, incertis personis, etiam ad pias causas relictum, non valet vt declarat *Socin. in l. quidam relegatus. nu. 12. de reb. dub.* scilicet quando omni ratione est incertum quod retulit *And. Tiraq. in tract. de priuileg. piæ caus. priuileg. 55. & 56. fac.* tex. in *l. cum ex pluribus. ff. de manumiss. testa.* hic autem omnia sunt incerta, vt in litera tex. ibi. Nihil per se penitus ordinantes, nec determinantes cui loco, vel personæ, conferre debeat.] Ergo quis poterit dicere piam causam hæc bona exigere posse? Præterea dici non potest hic inductam esse aliquam institutionem, aliud est enim aliquem facere hæredem, aliud in voluntatem alterius suam dispositionem committere, non enim ex hoc ille efficitur dominus, vt in *l. si mandauero tibi in § si tibi centum. ff. mand.* vbi tex. probat, quod ille cui committitur dispositio, nō potest sibi ipsi retinere. Præterea si testator dixisset volo, quod Titius disponat de bonis meis, & ea distribuat inter consanguineos meos, nullus diceret Titiū ex hoc institutum censeri, ergo multo minus id erit, quando omnia sunt incerta.

Vide Abb. in cap. ex parte n. 5. de censib.

35 Item si velimus quod verba illa textus *in dispositione & voluntate*, significent arbitrium boni viri quia in dispositione versetur voluntas cum ratione coniuncta, nam si Rhetoribus credimus nihil aliud est dispositio, quam in certum ordinem recta distributio, & quod vis huius verbi adeo possit, vt adiuncto sibi verbo voluntatis, non rapiatur in liberam voluntatem, licet supra de verbo fidei aliud statuerimus, tunc non erit minor difficultas, nam non sequitur, arbitrio boni viri relinquitur, ergo ad pias causas erit facienda distributio, quia non semper bonus vir hoc arbitrabitur, sicut nec *Augustinus* arbitratur *in cap quicunque. 17. q. 4.* & notatur in *l. si quis ad declinandam. C. de Episcop. & cleri.* & plures species possunt contingere etiam extra eam, quam *Sanctus Augustinus* ibi ponit, quibus bonus vir arbitrari possit non esse opus, vt in piam causam bona distribuantur.

De boni viri arbitrio.

36 Præterea, si v[illegible] liberam voluntatem significant, en[illegible] fauore piæ causæ, non valet legatum in vo[illegible]tem hæredis relictum, vt in *dict. l. fideicommissaria libertas*, quia libertas fauorabil[illegible] est, vt pia causa: tex. vbi notant *doctores. C. de com. seru. manu. in l. 1. in § sin autem. & l. pe. C. ad Sena. cons. Vell. Alex. ad Bald. in l. si iure. C. de testam. man. Ias. in l. si fundum sub conditione, in §. Stichum. 1. col. [illegible] C. de leg. 1. & l. 3. in §. 1. nu 3. ff. de condi. ob caus. Tiraq. [illegible] si vnquam in verbo donatione largitus. nu. 2[illegible]*, optimus text. *in l. Papini. in § quarta autem. ff. de in o[illegible] testament.* vbi præfertur legitimæ libertas, legitimam autem præferri piæ causæ dubium non est vt docet *Beatus Augustinus superius alle[illegible]tus*, ergo fieri non potest, vt [illegible] potior [illegible] causa [illegible]ertate: quia vt inquit *Caius in l libertas. ff. de reg. l. iuri.* libertas omnibus rebus fauorabilior est.] Item vt supra dictum est, etia[illegible] valeret, nō posset hæres compelli, si nollet legatum valere, quod tamen vt teneatur, & possit compelli, doctores hic velle videntur. Ex his ergo intel[illegible] istum textum maximas habere difficultates etiam vltra eas quas Doctores ponunt.

Omitto quod gloss. & Doctores ibidem de dispositione facta nutu, sine verbis loquuntur, quæ nihil facit ad prop[illegible] [illegible] verbi [illegible]bigui nutus ducti, quod aliquando significat liberam voluntatem, *vt l. fidei commissaria libertas. ff. de fideicomm. liber.* aliquando etiam significat voluntatem signis sine verbis expressam *l. nutu. ff. de lega. 3.* quod nihil facit ad materiam istam, maximè quia illæ leges loquuntur de nutu testatoris, hic loquuntur quando dispositio relinquitur in nutum, vel voluntatem tertij.

Omitto etiam quod de captatoria voluntate Doctores loquuntur, quod, vt supra diximus, non est materia *dicti cap. cum tibi.* licet eam confundant, & latissimè interpretati sumus illam materiam duobus capitibus præcedentibus, sed vnde digressi sumus reuertamur ad interpretationem istius. cap. cū tibi. Atque vt in his maximis difficultatibus, nostram interponamus sententiam, alterum ex duobus intellectibus quos nunc proponam, mihi [illegible]tur posse sustineri.

Primus est Hosti[illegible]sis, scilicet quod ex h[illegible] verbi[illegible] in te[illegible] positis, committo dispositionem & voluntatem meam in dispositione T[illegible], & eius voluntate, videatur Titius institu[illegible] [illegible] enim interest, vt ipse rectè inquit, vtrum [illegible]tor dicat Titi hæres esto, vel omnia quæ [illegible]beo tuæ volūtati committo? & *Hostien.* a[illegible] [illegible]ges, quibus testator hæredem in[illegible] [illegible]ondit[illegible]one, si voluerit esse hæ[illegible] [illegible] [illegible]nificent [illegible]la verba tuæ voluntati com[illegible]o · & [illegible] int[illegible]llectus, licet doctores non ita [illegible]plicent, apertè probatur, nam quod sunt bona in alicuius dispositione, vel voluntate, hoc est de ra[illegible]one domini, vt [illegible]x eius di[illegible] [illegible]on[illegible] a[illegible] patet, vt in *l. si quis vi in § differentia. [illegible] de acquirend. possess.* & [illegible] *l. in re mandata. C. mandat.* si e[illegible] bonorum suorum vult [illegible] d[illegible]um, ergo [illegible]æredem: quia hæ[illegible] d[illegible] [illegible]tur, & [illegible]st, vt [illegible] [illegible]xt [illegible] § *pen. insti. de hær. [illegible] al. & differ* [illegible] enim gere[illegible], est pro domino gere[illegible] [illegible]es enim hærede[illegible] p[illegible]o dom[illegible] [illegible]s [illegible]e[illegible]abant, [illegible] [illegible] Iustinianus, & iste inte[illegible]lectu[illegible] [illegible]st ve[illegible]us, [illegible]endo quod

Int[illegible] Hostien.

quod iste erit hæres sine aliquo onere, vel quia testator noluit imponere, nec imposuit, siue quia, si dicamus imposuisse ex illis verbis in dispositione & voluntate alterius, &c.] onus est omni ratione adeò incertum, vt sit nullius momenti per supra dicta, & hoc quod sit hęres sine vllo grauamine sensit *Hostien.* dum allegat text. in *l. 1. in §. qui nec legaturus. ff. de hæredi. instituend.* ex isto intellectu satisfit verbis tex. quod non videtur intestatus: quia verè testatus est, cùm hæredem instituerit. Cum isto intellectu remanet *Hostien.* quia in fine eiusdem inquit, & hoc teneas, quicquid infrà, & ita licet postea ponat alios intellectus, non videtur recedere ab isto, qui intellectus ex eo etiam comprobatur, quia vbi institutio est ex incerto grauamine, de quo non apparet, ipsa non vitiatur, etiam si constet testatorem id voluisse adijcere, vt in *l. si testamentum. C. de institutio. & substi.* sic & legatum factum sit à dicto grauamine, vel onere, vt tamen onere legatum non vitiatur, vt in *l. vnic. in §. pro secundo. C. de caduc. tollen. & in l. si quis Titio. ff. de lega. 2. & in l. Iulianus. eod. titu.* & multo minus vitiabitur institutio, in qua nulla penitus est dubitatio quod ex vitio legatorum, vel fideicommissorum etiam vniuersalium non vitietur.

37 *Intellectus Abba. antiqu.* Secundus intellectus, qui semper mihi placuit etiam antequam in aliquo doctorum legissem aliquid, quod ad eum pertineret, potest colligi clarè ex intellectu Abbatis antiqui, quē aliqui commendant, licet non satis ipsi hunc intellectum ornent, nec interpretentur, qui eget suppletionibus, & correctionibus in aliquibus, vt statim videbimus, intellectus autem iste est, vt valeat testamentum, quoad excludendum priuilegium Episcopi, de quo *in cap. cum tibi. de verb. signifi.* & sic quoad effectum, vt Episcopus non succedat ab intestato isti, de quo text. loquitur, neque occupet bona tanquam testati, non autem dicatur testatus quoad alia, sed quoad excludendum priuilegium, & facultatem Episcopi in disponendo de bonis Clerici testantis secundùm formam istius capituli, ista sunt verba *Ioan. de Imol.* aliquibus breuitatis causa omissis, referentis intellectum Abbatis. Iste intellectus, vt eum ponit ipse Abbas, & doctores, falsus est.

1. Difficultas ad dict. intellect. Primo, quia dicit, quod valeat testamentum, vt testamentum autem sine hærede nullo modo valere potest, vt *l. si nemo. ff. de regul. iur.* hic autem nullus est, hæres ex mente istorum doctorum, cùm velint, quod ab intestato succedatur.

2. Difficultas. Secundo, quomodo potest quis dici testatus, & intestatus? vt *l. ius nostrum. de reg. iur.*

3. Difficultas. Tertio, si verè hic intestatus est, quare verba priuilegij, quæ de intestato loquuntur, eum non comprehendent? cum in omni materia, etiam odiosa, intestatus dicatur is, cuius hæreditas ex testamento non aditur, vt *in principio insti. de hæredi. quæ ab intestato.* quia ex proprietate verbi hic casus comprehenditur, & aliter interpretari esset cauillari verba, quæ cauillario in nulla materia est admittenda, nam statuta, & priuilegia, & omnes dispositiones recipiunt interpretationem passiuam à iure communi, vt in *l. si seruus ve-stri. C. de noxali*, iure autem communi iste verè est intestatus.

Quarto, sicut institutio & exhæredatio ostendunt quem testari velle, vt in *l. non codicillum. C. de testa.* ita per contrarium omissio institutionis ostendit quem intestatum decessisse. *4 Difficultas. l. Si palam. ff. de iur. codi.*

Quinto, iste est quidam actus informis, qui nullū potest producere effectum, vt probatur in *l. ex ea scriptura. ff. de testam.* ergo nec impedire prædictum priuilegium poterit: & ita hic intellectus ita sumptus, falsus est. Ideò opus est eū in multis corrigere, & ita nostram conficiemus interpretationem. *5. Difficultas.*

Ad quod prœmittendum est, quòd licet de iure testatus, vel intestatus quis simpliciter dicatur, qui non fecit legitimè testamentum, vt dictū est, tamē respectu eorum, de quibus quis legitimè in vltima voluntate disponit, testatus dicetur, etiamsi non confecerit testamentum. Exempli gratia: quidam decedens ab intestato conficit codicillos, quibus legata, vel fideicommissa relinquit, sicut de iure potest, iuxta text. in *l. ab intestato, & l. cōstituitur. ff. de iure codicillo.* Omnia enim, præter directam hæredis institutionē in codicillis fieri possunt, vt in *l. 2. cum aliis. C. de codicil.* & ita respectu illorum legatorum, & omnium aliorum, quæ relinquuntur in codicillis non videri intestatum decessisse, nam sub testandi verbo, & potestate, & codicillos ordinādi continetur, & legandi, & causa mortis etiam donandi facultas: vt in *l. cum hic status. in §. si donator. versi. si miles. ff. de donat. inter virum & vxor.* facit tex in *l. & fideicommissum. ff. de lega. 3. & in l. 1. in §. quod autem mortis. ff. si quid in fraud. patro. & in l. si quis in principio in § miles. de legat. 3.* & fac. l. *Marcellus. in prin. & in §. 1. ff de dona. caus. mort.* tex. vbi tradunt doctor in *l. 2. ff. de lega. 1.* Et ideò si quis fundum vectigalem conduxerit, vel emphyteusim accipiat, vt ad hæredes etiam transeat, ad legatarium quoque transire poterit, vt in *l. in conuentionibus. ff. de verb. signi.* quia respectu illius legati hæres habetur, vt ibi, & in *l. id tēpus. ff. de vsu cap. & l hæreditar. ff. de actio. & oblig.* tex. etiam in *l. si stipulatus fuerim. in princi. cū glossa in verbo, cohæret. ff. de verb. oblig.* facit q not. *Bar. in l. si patroni filius. ff. ad Senatusconsul. Trebell. & Bar. in l. huiusmodi. in § si Sempronius. ff. de lega. 1.* & quæ tradit *Ias. in l. 2. nu. 190. C. de iure emphyteu. & in l. fin. num. 16. de fideicōmiß.* & eadē ratione si quis accipiat ēphyteusim ad vitam, vt etiā de ea testari possit, si nō facto testamēto, de ea re in codicillis disponat, valet dispositio, nā, quoad eā rē testatus decessisse videtur, licet intestatus simpliciter decessisse verū sit: q tenet *Salyc. in l. si fily. C. fami. hercis.* sic per contrariū si pater legitimè facto testamento tutores filijs suis non reliquerit intestatus quoad tutelam dicitur decessisse, vt inquit *Vlpian.* in *l. intestato. ff. de legitimis tuto.* cuius verba sunt. Intestatus antē videtur

38 *Nouus sensus ad l. cū tibi.*

Quis dicatur intestatus.

videturnon tantùm is,qui testamentum non fecit,sed & is, qui testamento liberis suis tutores non dedit,quantum etiam ad tutelam pertinet, intestatus est.

Nec potest dici hoc esse contra iuris regulã, qua canetur,neminem pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere posse, vt *in l. ius nostrum ff. de regu. iur.* quia intelligitur de illo iure testandi, quod institutionem hæredis quæ plenitudinem omnium continet, respicit, vt fieri non posset,vt hæres, & non omnium dominus sit.Sed non instituto hærede,decedens ab intestato,respectu eorum, quæ in codicillis iubet, protestato habetur,& eius voluntas non est negligenda,& ita hæres ab intestato succedit,cum hoc tamen,vt codicillis statuta obseruentur.

Sic in specie nostra Episcopo fuit concessum indultum,quod ordinatio rerum decedentium ab intestato liberè in sua potestate, atque dispositione permaneat,ideo si disponat eodẽ modo in codicillis testator,excluditur Episcopus,quia simile ius,qnod episcopus haberet, illi concessisse videtur,& licet non sit hoc testamentum, sed potius codicillus, tamen quoad hanc rem testatus videtur,quia hæc verba hoc significant vt subsidiaria sit episcopi dispositio, & ita quæ defunctus ordinauit subuertere nõ potest:alioquin legata facta à defuncto legitimè in codicillis ex isto priuilegio tollerentur,quod fieri non potest aliquo priuilegio etiam expresso,*vt l. si testamentum, C. de testament.* nam in tex. præsupponitur clericos prædictos testari iure potuisse.

Quod si dixeris hanc voluntatem subsistere non posse, cum iste modus disponendi non sit in iure repertus, respondebo singulariter vltra doctores ex priuilegio Episcopi ortum esse hoc ius.Nam si quis aliquid noui iuris obtinuerit, quandoque postea aduersario eius postulante, eodem iure aduersus eum decernetur. Vt in *l. 1. ff. quod quisque iur.* facit tex. in *l. siquis iniquum. in vers. siue vsus est. eodem tit.* facit optimus tex. *in l. fin C. de fructibus. & lit. expens.* sic igitur non poterit opponere,nõ licere in alterius bonis ius disponendi nouo more ex codicillis vindicare, quia repelli exceptione potest,si nõ idem Episcopus in alienis etiam bonis ius disponendi impetrasset,qnod est singulare.

Hic antem,qui huiusmodi iure testantis, seu vt sic dicamus codicillantis, voluntate tuitur, hoc ius habebit, vt tanquam bonns vir versari teneatur,solui debita testatoris creditoribus, & salaria seruientibus præcipiet,& alia,quæ ad funus testatoris, & animæ exonerationem pertinent,ordinabit,nec Trebellianica, vel Falcidia priuabit venientes ab intestato, cum hoc testator non dixerit,& vt bonus vir, secundùm consuetudinem defuncti, & boni patris familias, omnia disponet,quod verisimile est, & in Episcopi indulto contineri: & hæc est notabilis interpretario nostri textus,quem in ista parte,cum specialis fuerit,hæc decisio ad interpretarionem dicti priuilegij, nec possit passim deseruire in alijs materijs,nõ fuerat opus in hac copilatione inserere,argu. text. in *l. quod vero contra cum duabus legibus, sequenti. ff. de legib.* sed cum factum fuerit, ex supradictis debemus ita interpretari,vt eodẽ iure cõtra Episcopum aduersarij eius vti possint: hic intellectus,& ille quem supra ex Hostiensi induximus, & nouis rationibus comprobauimus,credo quod possint optimè defendi omnibus alijs reprobatis, quia sunt contra omnes iuris regulas & rationes.

Quod siquis adhuc quærat,quis horum duo 40
rum intellectuum potior sit,si iuris rigorem, & subtilitatem consideremus, licet intellectus Hostiensis,forsan multis videatur potior, magnam tamen habet difficultatem. Nam verba hæc committere suam vltimam voluntatem in dispositione,& voluntate alterius, non videntur significare, vt sibi retineat,sed vt ordinet, & disponat,vt ex verborum sensu apparet. Et facit textus in *l. si mandauero tibi in § si tibi centum ff. mãdat. supra allegat.* facit tex. in *cap. fi. de institutio.* & licet videatur in necessarium antecedens vt transferatur dominium in illum, qui disponere debeat;cùm nullus id, quod non habet dare possit;tamen, vt hæredis institutio inducatur, 41
non hoc sufficit,quia ex consequenti necessario nunquam inducitur institutio, nam si quis ita disponat,vt à Tirio quàm non instituerat,leget Caio,non ex hoc Tirius, licet hoc necessarium sit,vt ab eo legari possit, efficitur hæres, vt in *l. hæreditas ad Statium. ff. de hæred. instit,* facit tex. in *l. Gallus in princi. iuncto §. in omnibus ff. de liber. & posthum. & in l. Titia cum testament. ff. de lega. 2. in principio.* nisi dicamus in legatis particularibus id locum habere, hic verò dispositio vniuersum comprehendere videtur, ideò forsan institutio ex hoc capite sustineri poterit, vt in illis verbis, Sempronius Plotij hæres esto,sustinetur in *l. fin. C. de hæred. instituend.* & idem sit in specie quam posuimus supra nu. 34. in *fi. ad l. Gallus.* possumus multis modis respondere,sed nõ sufficiat quod text. ille loquitur de substitutione quæ fit in suitate potiùs,quã in hæreditate, vel melius quòd ibi verba ad substitutum diriguntur, in specie autem nostra ad grauatum,super quo cogita,& facit quod vult *Pompon. in l. Proculus. ff. de vsu fruct.* text. & *Bart in l. Denique in § interdum. de pecul. legat. ff. & in l. Sed & si sic in fi. ff. de lega. 3. & in l. ex hac scriptura 2 col. ff. de donatio. numero 3. & 6. & in l. donationes in § species. col. fi. eo tit. & quæ latissimè Pinell. in l. 1. 3. parte, nu. 41. cum sequent. de bon. mat. & vid.* tex. notabil. in *l. qui volebat. ff. de hæred. instituend.* sed melior est intellectus, quem supra posuimus.

Iterũ de intellect. Hostien.

De intellectu l. hæreditas ad Statium. ff. de hæred. instituend.

CAP.

CAP. VII.

Vtrum filius propter omissum inuentarium excludatur à retentione legitimæ: & de materia Falcidiæ, & Trebellianicæ.

SVMMARIVM.

1 *Filius non conficiens inuentarium, non amittit legitimam secundum doctores, sed contrarium verius, inf. nu. 3. ostenditur.*
2 *Filius tenetur conficere inuentarium.*
3 *Filius non potest detrahere legitimam, si inuentarium non conficiat.*
4 *Creditor amittit debitum, si non conficiat inuentarium.*
5 *Filius non est propriè creditor.*
6 *Reductio quæ fieri debet ad Falcidiam detrahendam*
7 *Non conficiens inuentarium tenetur in solidum, etsi testator non teneretur vltra quam facere possit.*
8 *Vtrum Trebellianica amittatur non confecto inuentario.*
9 *De intellectu Authent. Sed cum testator, quod non sufficiat voluntas tacita, sicut expressa*
10 *Falcidia contra voluntatem deducitur, & quid hodie, vid. inf. nu 12.*
11 *An iubendo solui integra legata, censeatur Falcidia prohibita.*
12 *Falcidia detrahitur contra voluntatem testatoris & de cap Reynaldus.*
13 *Quid inter verba generalia, & specialia interfit.*
14 *Vtrum filius legitimatus vt succedat quatenus velit pater detrahat Falcidiam.*
15 *Approbatur opi. Deci. contra Alciat. reprobatis rationibus eius.*
16 *Vtrum Trebellianica debeat prohiberi expresse, & an possit prohiberi num. 17.*

1 QVæstio est non parum difficilis, an filius qui non conficit inuentarium, bonorum paternorum, quæ in hæreditate remanserunt priuetur legitima à lege sibi debita. In qua quęstione glos. in *l. fi. in § peu. C. de iure delib.* quam ibi sequuntur commu. doctores, vult filium legitimam non amittere, & ibi recentiores referũt alias glos. & doctores probantes istam opinionem, & latè *Roderi. Suar. in l. quoniam in prioribus 7 limit. C. de in offic. testa.* & hodie *Anto. Gabriel. de commun. opi. lib. 6. conclu. 6. tit. de legitima. Couarru. in c. si heredes. nu. 9. versi. item illud. extra de testament.* in cuius comprobationem facit text. in *authen. hoc amplius C. de fideicommis.* vbi licet filius. hæreditare priuetur ob culpam, remanet sibi salua legitima: sic in proposita specie videtur dicendum, vt legitima salua sit filio, etiam inuentario non confecto, quòd legitima non solum sit libera ab omni onere imposito ab homine, vt in *l. quoniam in prioribus. C. de in officios. testament.* verum etiam ab imposito à lege, vt in dict. authent. hoc amplius. Sed licet hæc opinio æquitatem videatur præseferre, adeò tamen absurda est & falsa, vt nullo modo defendi possit, imò demonstratione Mathematica eius fallacia ostenditur. Ideò contraria opinio est sequenda, quam tenent *Oldradus consil. 134. Angel. & Imol. in l. 1. § hæc stipulatio. ff. si cui plusquam per legem Falcid. col pe. Corue. consi. 168. num. 3. lib. 3.* post *Ricardi. in dict. l. fin.* licet hanc rem non satis explicent.

De intelle. auth. hoc amplius. C. de fideicommiss.

2 Et vt euidentius hoc appareat, notandũ est, quod doctores nostri non liberant filium ab onere conficiendi inuentarium: omnes enim fatentur filium, sicut extraneum hæredem, teneri ad confectionem inuentarij. quia text. in *l. fina.* etiam in suis hæredibus loquitur, vt probatur in *§ sin autem dubius, ibi*; Vel sese immisceat. Et in §. *si vero post quam*, ibi, Vel sese immiscuerint: filius igitur tenetur facere inuentarium, & subijcitur pœnis omittentis inuentarium, scilicet vt teneatur creditoribus, & legatarijs, etiam vltra vires hæreditarias, vt dicit text. in *dict l. fin autem & §. si vero postquam*; ergo non potest habere legitimam, nec eam aliquis computator, vel Mathematicus poterit reperire. 3 Nam fingamus testatorem in pecunia numerata, vel alijs rebus mille reliquisse, centum legasse, creditores esse in mille, solutis creditoribus, qui potiores sunt legitima, vt in *l. Papinianus § quarta, ff de inoffic. testament*, nihil remanet filio pro legitima, vt patet, & tamen centum legatarijs soluere debet non confecto inuentario, non ergo haberi ratio legitimæ potest, inuentario non confecto. Nam si dicas legitimę habendam esse rationem, vellem intelligere, quam velis rationẽ haberi, si enim fingere velis, esse bona vsque ad certam quantitatem, quæ non sint, quare magis finges esse istam quantitatem, quam aliam, cùm quantitas bonorum, quam quis habeat, vel habere potest, nõ habeat terminos à lege, vel à natura: præterea, istam fictionem, cùm lege non fiat, nõ arbitror admittendam, non enim alias fictiones admittere possumus, quàm eas quas leges agnoscunt. Quod si dicas in lege inuentarij, legem fingere bona sufficere creditoribus & legatarijs, & ita fictionem legis esse, ergo admittam ex istis fictis bonis filium posse retinere legitimam, quantam ipse velit, dum legatarijs integra legata verè, non fictè soluat, vt lex iubet, cum in vtilitatem legatorum hæc fictio fiat, non in damnum, vt infra clariùs ostendemus.

Opin. Doctorũ probatur falsa ab impossibilis.

Quòd si dicas, solùm in proposita specie quando nulla sunt bona opinionem nostram veram & necessariam esse, vbi verò bona relinquit testator. contra esse, fingamus testatorem mille in pecunia reliquisse, sexcẽta deberi, quadringentaque legasse, filium se non confecto inuentario immiscuisse, certe tum videtur filius centũ pro legitima posse retinere, vt quarta legatorum minuatur. Sed ego dico & in hac specie filium nihil posse retinere. Nam in primis manifestè apparet, si hoc verum esset, minus habituros legatarios, vbi testator bona relinquit, quam vbi in bonis nihil remanet creditoribus satisfactis, hoc autẽ quã absurdum sit, nemo est qui nesciat. Ad quod est text. notabilis

Absurdum maximum.

in *l. Marcellus, ff. ad Senat. consult. Trebellianic.* ibi. Nam iniquissimum est, plus ferre legararium, ideò, qui suspecta dicatur hæreditas, quam laturus esset si sponte adita fuisset.] Præterea clarius constat nihil in hac specie filium deducere posse, nam si filius centum à legatarijs deducere velit, quod quadringenta tantum in bonis debitis solutis remaneant, replicabunt legatarij, hæredi non conficienti inuentarium, non credi, quod id tantum in bonis sit, sed tantum iuris, & de iure præsumptione in bonis esse, quantum ad implendam plenè testatoris voluntatẽ sufficiat. Denique quantam sibi legitimam ipse filius deberi prætendat, tantum præsumptione legis habere, possunt legatarij dicere.

Legitima non est propriè debitum,

4 Præterea si hæres, vel filius non conficiens inuentarium, creditor foret patris, non posset legatarijs inuentario non confecto, creditum suum detrahere, vt in *l. final. in §. in computatione C. de iure deliberand.* quo pacto poterit legitimã, quam non debitum propriè, sed quasi debitum appellamus: vt in *l. fina in §. 1. C. de curatur furio*, facit text. in *l. Papinianus in § siquis impubes*, ibi, quasi æs alienum *ff. de inofficios. testamen. & l. vnic. ibi;* tanquam debitam, *C. de his qui ant. apert. tabul. & l. & quia ff. pro soc.* notab. in *l. 3. C. de iuris & facti ignorantia, & in l. siquis legatum ad l. Corne. de fals. & l. quæ fideicommissum, ff. de lega.* 2. ideò creditores potiores filio sunt, vt *dict. §. quarta l. Papinianus*, poŏor verò ipse est legatarijs inuentario confecto, & ita medium obtinet, vt non creditor, sed

Quare filius quasi creditor appelletur.

5 quasi creditor sit, facit *l. vnica. C. de imponend. lucrat. descript. lib. 10. in princ.* text. nota. in *dict. l. Papinianus in §. quarta autem, iunct. l. in fraudem, ff. qui, & à quib.* non confecto vero inuentario, cùm creditor verus patris existens ex bonis maternis, vel aliunde, creditum amittat, quare legitimam, quæ minus debita est, retinebit: Cùm in hac specie legatum potius sit debito, quod debitum potius est semper legitima fac. *regul. vulgat. de diuers. & tempor. præscriptio. l. de accessionibus.*

Præterea ante ius nouissimom authenticorum, eiosdem rationis sunt legitima, & Falcidia, quia Falcidia prohiberi non potest, nec in ea imponi grauamen, sicut nec in legitima, quia detrahitur inuito & prohibente testatore, vt in *l. si vt allegas, & in l. quanquam C. ad l. Falcid. & in leg. Titia. ff. eod. tit. & in leg. Seius & Angerius, & in alijs multis.* Sed ex non confectione inuentarij Falcidiam hæres amittit, ergo neque legitimam poterit retinere.

Qualiter lex Falcidia ponatur.

6 Item & hoc maximè suadetur, quia sicut in detrahenda Falcidia fit duplex legatorum reductio, prior est si testator vltra vires hæreditarias legauit, vt ad vires patrimonij legata reducantur: verbi gratia si testator, qui quadringenta in bonis habebat, quingenta leget, legata quingentorum ad quadringenta reducuntur, qua reductione facta legis Falcidiæ potestare, quarta detracta, legata ad trecenta rediguntur, istum modum exercendi legem. Falcidiam ponit textus: in §. *fina institut. de lege Falcidiam & in lege in imponenda. C. eo. tit.* & ita eleganter *Caius in l. in quantitate in §. fi. ff. eo. tit.* inquit: Quod si quingenta legauerit habens quadringenta, initio quinta, deinde quarta pars detrahi debet, ante enim detrahendum est quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet,] facit text. in *l. 1. §. hac verba ff. si plus quam per leg. Falcid. & in l. si quis testamento in §. apud Iulianum. ff. de lega. 1. & l. Plautius ff. de conditio. & demonstra. circa fin.* eadem ratio in legitima deducenda obseruatur, vt *l. Papinianus in §. quarta autem ff. de inofficios. testamen.* Sed nisi fiat prior reductio, secunda deductio fieri non potest, quæ possit aliquam habere proportionem, vt Mathematicè apparet, facit tex: in *l. Plautius in §. fi. ff. ad l. Falcidiam.* Sed prior prohibetur filio non confecto inuentario, cum vltra vires hæreditarias soluantur legata, ergo nec secunda deductio, quæ legitimam respicit, fieri potest: cùm confusa omnia sint, & vires patrimonij incertæ, nec ad vllam certam quantitatem reduci possit, & ita quasi subducto fundamento, secunda deductio subsistere non potest, vt *l. eg. ff. de except. rei iudi. & cap. cum Paulus 1. quæstion. 1.* facit *l. in testamento. 1. ff. de condit. & demonstra.* Nam filius, qui deducere legitimam velit, rationem bonorũ inire debet, vt eorum partem sibi retineat. Sed bona inuentario non confecto, quanta sint ostendere non potest, ergo nec legitimam imputare: quod si dicat respicienda fore legata, vt si quadringenta legauit pater, centũ sibi retineat, hæc ratio iniri non potest, cũ nõ legatorũ solum, sed bonorum etiã debeat haberi ratio, neq; sequitur quadringenta legauit, ergo non sunt plusquã quadringẽta in bonis, esset enim pessima consequentia.

Denique cùm in solidum legatarijs teneatur etiam vltra vires hæreditarias, filius non conficiens inuentarium quocunque se vertat, & quo quo modo conquiret, nihil ex legatis erit auferendum, pro hoc text. in l. non est dubium, & in *l. nec interest & in l. ex asse. in princip. ff. ad leg. Falcid.* & ita in sua computatione fallitur *Bart. in authen. sed cum testator. C. ad l. Falcid & Bald. in l. fi. in §. Sin autem C. de iure deliberand.* Nam cùm vires patrimonij certæ constitui non possint, inuentario non confecto, impossibile est fieri certam legitimæ deductionem: vt si ex aceruo tritici decimam detrahere posse contendas, mihi vero centum corbes debeas, siue superant ex aceruo, siue non, nulla ratio iniri poterit, vt vtilis sit tua deductio, cum solutis mihi centum reliqua sint tua, & si nihil sit in aceruo, adhuc mihi centum salua esse debeant; facit tex. notab. in *leg. si in testamento scriptum sit. ff. ad l. Falcid.* qui decidit istam quæstionem: inquit enim *Vlpianus.* Si in testamento ita scriptum sit, Hæres meus Lucio Titio decẽ dare dãnas esto: & quanto quidem minus per legẽ Falcidiã capere

Ab impossibili.

Nũ cum nõ possit fieri separatio in totum priuatur. vt per. Tit

pere

vetram... in cap. Sed. ... ar. 11. ... 1.

pete poterit, tanto amplius ei dare damnas esto, sententiæ testatoris standum est.] Denique iure debitu mei ita constituto, nihil mea interest qualem tu velis esse aceruum, vacuum, vel plenum, magnum, vel paruum, idem in proposita specie dicendum, quia bona censentur talia, quæ omnibus plene sufficiant, maximè quia sibi ipsi semper soluendo videntur, vt in *l. quærebatur ff. ad l. Falci.* & cùm hæc deductio sit verbalis fieri sæpissimè, & perpetuo potest, vt in *l. si Noxale §. est etiam quæstionis ff. de pecul.* & facit, *l. quæsitum in § is qui semel, eod. titu.*

7 Ex his deducitur quod etiam vbi testator insolidum non tenebatur, vt putà quia bonis cesserat, eius hæres non confecto inuentario, insolidum tenebitur, quicquid *Bal. C. qui bonis cedere poss. in l. fi. in fi. Rom. ff. de acquir. hæred. in rubric. Ange. in l. 1. ff si cui plusquam* per *l. Falcid.* quod probatur.

Primò, quia in hæredem huiusmodi priuilegium non transfertur, *ff. de re iudica l. etsi fideiussor an si cum l. sequent. quæ incipit, sciendum, & ff. solut matri. l. maritum cum l. sequent. & in l. sed si ex parte § soli ff quod cum eo*, nec etiam eo casu quo transmittitur, putà quando filium reliquit quit hæredem, in quem priuilegium, ne conueniatur vltra quàm facere potest, transire solet, vt *ff. solu. matrim. l. etiam*, quia quando hæres non conficit inuentarium, non ex persona testatoris sola, sed ex sua obligatione conuenitur, ideo cessat priuilegium, vt in *l. sed an hic versi. quod si qui sint ff. quod cum eo*, quod patet, quia legata testator non debebat, cum voluntaria essent, & reuocabilia, respectu tamen hæredis legatarij creditores censentur, vt *C. de bon. authent. iudi. possi. in l. 1.*

Item quia vbi est dolus, non habet locũ priuilegium, *ff. de fideiusso l. si dubitetur, § ita demum, & ff de re iud. l. sed hoc ita. in §. fin.* Et in ista materia facit tex. in *l. cùm pater, in §. legato ff. ad l. falcid.* & tex. in *l. beneficio, & l. hæreditatum in §. Si quis ex hæredibus eod. tit.* & text. in *l. summa cum ratione in princ. ff. de pecul.*

Item quia bona censetur esse soluendo, vt dictum est, ergo etiam testantis obseruato priuilegio in solidum tenebitur hæres.

8 Ex supradictis intelliges quæstionem doctorum, vtrum sicut Falcidia amittitur, non confecto inuentario, ita amittatur Trebellianica, non modicam habere difficultatem, quam ponunt *Cyn. Bald. & alij dict. l. fin. & Bart. numero 12. in dict. authen. sed cum testator C. ad l. Falcid. Cassador, decisi. 3. de testament.* latè *Deci. consi. 480. numero 15. & 495. numero 24.* vbi allegat plures doctores in hac re dissentientes, & lat. *Anton. Gabriel, libro 4. commun. conclusio. titul. ad Trebellianum. conclusio. 10. Couarru. in capitulo. Raynucius in §. 11. numero 10.* in qua Bart. voluit non amitti (ne lex correctoria extendatur.) sed vt dixi hæc res habet non modicam difficultatem, quam nullus doctorum, quem ego videam tangit. Nam in Falcidia non confecto inuentario, cùm hæres vltra vires hæreditarias teneatur, necessitate quadam inducitur, vt Falcidia perdatur, cùm constituere hæres non possit vires certas hæreditarias, quia vt diximus in infinitum extenduntur bona, vt capiant debita, & legata, & de finito ad infinitum nulla est proportio, vt *l. Titius C. de oper. liber.* quicquid enim auferat hæres pro Falcidia, vel legitima, non officiet, vt ex infinito non remaneat quicquid necesse fuerit, vt legata & debita persoluantur, nam etsi de infinito aliquid adimatur. adhuc remanet infinitum. At in Trebellianica alia est ratio, cum enim testator Titium hæredem instituit, eumq; rogat vt hæreditatem, vel bona sua restituat, si non conficiat inuentarium, non potest compelli plus restituere quàm fuerint in hæreditate relicta, & hoc probatum fuerit à fideicõmissario, alioquin quam summam restituere tenebitur & si non fieret probatio, quare magis hanc summam quam illam: Ergo si fideicommissarius ex probationibus constituit testatoris bona mille fuisse, in Trebellianica nulla intrat confusio, quantum ad quartam Trebellianicam pertineri possit, si deberet extrahi, quæ tamen confusio extat in legatis, vel fideicommissis, quæ non in quota consistunt, sed certam habent quantitatem, cùm nulla sit opus probatione ex parte legatarij, vel fideicommissarij, ad quantitatẽ sui legati, vel fideicommissi demonstrandã, hæres autẽ inuentario nõ confecto, non possit ostẽdere bonorum minorem quantitatem.

Denique legatarius, cui decem legata sunt, nullo statu bonorum constituto, non confecto inuentario, decem petere potest. sed fideicommissarius omnium bonorum, vel quotæ, nihil petere potest, nisi certus status bonorum, seu valor constituatur, executio enim ad speciẽ deduci debet, genera enim, vt diximus supra in c. 5. sunt imaginatæ quædam ideæ quarum nullus est vsus, nisi ad species reducantur. At in legatario rei, vel quantitatis certæ, est à testatore status constitutus, in quota vero, vel totius hæreditatis, fideicommissario per probationes, vel forsan per iuramentum in litem, inuentario non confecto debet constitui quantitas, qua constituta non potest fideicommissarius non facere legis præsumptionem ex suis probationibus, vel assertione sua cessare: & ita tex. in *dict. l. fin*, quæ de fideicommissarijs loquitur, in *§. licentia* & debet tota lex intelligi, & *§. Sancimus, in authen. de heredi. & Falci.* (licet *Alexan. & alij quos D. Episcop. Segobien. suprà allegatus refert*, contrarium velint.) procedunt in fideicommissis certæ rei, vel pecuniæ, quæ ad l. Falcidiam pertinent, non de fideicommissis quotæ, quæ Trebellianicam respiciunt, nam in his ea liquidatio bonorum quæ à fideicommissario fiet, prodent & hæredi, vt sua sit certa, & non confusa Trebellianica. Ideò fortè vera est opinio Bart. hic nona ratione, vt non sint pares Falcidia & Trebellianica

... sum. ... fi. ... lib. 2.

contra docto. & *Corrasi. in l. filium quem habentem numero* 35. *C. famil. hercis.* qui defendere conatur nullum esse discrimen inter Falcidiam & Trebellianicam, verum tamen erit, vt dixi, vt in litem iurari possit ex omissione inuentarij, si fideicōmiss. causetur bona ab hærede occultata.

De intellectu authen. sed cū testator. C. ad l. Falcid.

9 Rursus ex his intelliges quoad prohibitionē de qua in *authen. sed cùm testator. C. ad l. Falcidiam.* non esse eiusdem rationis Falcidiam & Trebellianicam pro cuius intelligentia considerandū est, quòd in authenti. Sed cum testator, tex. vult vt Falcidia detrahi non possit, si eam testator expressè prohibuerit, quasi text. innuat prohibitionem tacitam non sufficere, quod in iure nostro nouum & insolens videtur, vt non idem possit testatoris voluntas, quocunque modo colligatur cùm soleant leges voluntates testatoris subtiliter inuestigare, vt eas obseruari iubeant: vt in *l. in conditionibus primum locum. ff. de conditio. & demonst.* Cum alijs centum allegat. a *Tiraquel. in l. si vnquam in verb. libertis num.* 52. *C. de reuoc. dona.* quare igitur in dict. authenti. Sed cum testator. expressa voluntas requiritur, nec sufficit tacita? Quinimò nec expressa sufficit, nisi bis exprimatur, vt statim dicemus. Item Falcidia detrahitur contra testatoris voluntatem, vt probat text. in *l. Qui quod per legem. & in l. Titia. ff. ad l. Falcid.* vbi inquit *Vlpianus.* Quoniam cōtra

Quare nō sufficit in Falcidia tacita voluntas.

10 sententiam matris familias lex Falcidia inducetetur,] Probatur etiam in *l. 1. C. eo titu. & in l. patronum in §. de illo. ff. de dona. vbi Bart. idem Bar. in l. cum quis, C. de iuris, & facti igno. & in l. 1. ff. de condictio. indebiti.*

Si ergo testator semper videtur nolle detrahi Falcidiam, cùm non detrahatur eius voluntate, sufficere quidem deberet hæc voluntas, absque expressa prohibitione, cùm potestas adsit & voluntas. Quare ergo expectatur vt expresse prohibeatur, nec sufficit tacita prohibitio? Præterea ego dico quòd semper est expressa prohibitio in Falcidia, quia cum testator mihi legat decem, dubium non est decem velle præstari, cùm nemo credatur dicere, id quod non sentit, vt in *l. Labeo. in §. idem Tubero ff. de supellect. lega.* sunt ergo mens, & verba expressa, ne minus decem soluantur, ergo quæ maior expressio est attendenda, quam illa, quæ legi Falcidiæ, & diminutioni apertè ex propria verbi significatione repugnat? quare igitur maior expressio desideratur, vel potius duplex expressa prohibitio?

11 Comprobatur quia doctores nostri volunt, quod si testator integrū solui iusserit, hoc sufficit, vt expresse Falcidia prohibita videatur. Ita glos. in *l. decem. ff. de fideicommissa. liberta.* latè *Corne. in dict. authen. sed cum testator. C. ad l. Falcid. Ias. in l. is cui. ff. de condictio. indeb. lo. Dilect. de arte. testan. titu.* 5. *caut.* 31. *Deci. consi.* 495. *nu.* 23. latissimè *Tiraquell. in l. si vnquam in verb. totum C. de reuo. dona.* facit, quæ *Hippo. sing.* 687. sed quid interest si mihi decem, vel integra decem relinquantur? & tamen text. in *dict. authen. sed cum testator*, aliam expressionem requirit, quid dicendum est in hac difficultate, quam doctores non explicant?

Ego dico quòd iustissimè text. in *dict. authen. sed cum testator*, non est contentus generali voluntate testatoris, sed expressam prohibitionem requisiuit, quia licet testatur legans decem, videatur voluisse, vt non minus decem dentur, & magis legatarium ea decem, quam hæredem habere, vt in *l. 1. ff. de donat. caus. mort.* tamen quia. Sæpe de facultatibus suis, amplius quam in his est, sperant homines,] vt dicit text. in §. *in fraudem. Insti. quib. ex caus. manu. non licet*, forsan testator maiorem summam bonorum relinquere existimans, hæredem ita legatis grauauit, id fortè non facturus, si nihil relinquere se hæredi intelligeret, quem magis, quam legatarios dilexisse, est existimandus. Quod si testator expressè Falcidiam prohibeat, vel integra legata solui iubeat, iam cogitasse videtur fieri posse, vt nihil hæredi relinquatur, vel aliquid subesse posse, quod integram solutionem redderet difficilem. Ideò non ociosa est illa specialis prohibitio, quæ in casum Falcidiæ facta videtur, facit text. in *l. sed si ideò ff. ad l. Falcid.* cùm non ex verbis generalibus, sed specialiter ad istam cogitationem descenderit, & hæc fuit ratio, quare specialis prohibitio est necessaria, nec in ista specie sufficiat generalis voluntas, quæ in alijs iuris partibus non differt ab speciali: & hoc optimè colligitur ex text. in *authen. de hæredi. & Falcid. in §. hoc autem dicimus, colla. prim.* vbi ita inquit: Hæc autem dicimus, vbi errans testator de sua substantia hoc agit, aut fortè cum debuisset etiam ampliorem quātitatem hæredi relinquere, pro minore disposuit: etenim etiam hoc errantis sententiæ est, & non puræ, & integræ designationis.] Sequitur §. *si verò expressim.* qui requirit expressam Falcidiæ prohibitionem, ne possit error aliquis prætendi ab hærede, quod non sit clara voluntas defuncti volentis legata integre solui, etiam si minor sit valor patrimonij, & ideò dicitur, in *authen. sed cum testator*: Sed cùm testator hoc expressim voluit, non ignarus quis modus sit sui patrimonij, cessat Falcidia] inquit glo. non ignarus, quod semper præsumitur &c. Tu dic, quod in hac specie cùm Falcidiam prohibuit, non est opus præsumptione, cùm clarum sit testatorem de exiguitate sui patrimonij cogitasse, cum in eum casum prohibendo Falcidiam prospexerit legatarijs, quæ prohibitio vana esset si quantitas patrimonij Falcidiam excluderet, quod est valde notandum. 12

Qualis debeat esse voluntas in prohibenda Falcidia.

Ex supradictis facilè intelligi potest, in omnibus dispositionibus verba generalia esse eiusdem virtutis, & potentiæ, cum verbis specialibus, nisi quando error, vel ignorantia prætendi potest: tunc enim, cùm certi simus specialia verba ignorantiam excludere, ex generalibus autem verbis non ita id cognoscatur, maioris efficaciæ, seu potentiæ verba singularia erūt, quam 13

Quando verba specialia plus possint.

quam generalia: cùm in his coniectura admitti possit, in illis autem nullus coniecturæ locus relinquatur. Facit tex. in l. mater decedens. ff. de inofficios. testament. & in l. si de certa. C. de transactio. facit etiam tex. in l. Amphit. ff. de optio. legat. & tex. in l. si cum testamento. & in l. si ex testamento. ff. de exceptio. rei iud. facit l. in toto iure. ff. de regu. iur. text. notat. in l. filiusfamilias. ff. de donatio. per totam legē. facit etiam tex. in l. dedi clausula. ff. de verbo obligatio.

Ex his intelliges quæ verba sufficiant ad Falcidiam excludendam, quòd ea sufficient ex quibus intelligatur testator non ignorans patrimonij sui hæredem grauare voluisse, & ita sunt resoluenda, quæ ponit ibidem Cornic. 2. colum. circa glossam in dict. l. decem. ff. de fideicommissaria libert.

Denique Falcidia si ita vt diximus non prohibeatur detrahitur hodie, & quidem contra voluntatem defuncti, vt probat tex. expressus in c. Rainaldus in fi. extran. de testament. quia tamē ea voluntas quam detrahitur, non est ita clara, quæ non possit prætextu erroris obscurari, non seruatur talis voluntas, & ita intelliges errare eos, qui dicunt quod hodie Falcidia non detrahitur contra voluntatem defuncti, quia cùm prohibere potuit, & non fecit, videtur permisisse; inter quos est Deci. consil. 257. nam prædicti loquuntur contra text. expressum in dict. cap. Rainaldus. Item non prohibuit, quia forsan non existimabat locum fore Falcidiæ, non diffidens de viribus sui patrimonij, item clarum est prædictos malè loqui, cùm certum sit si mihi decē legentur, si duo adimantur, vel vnum, id esse contra voluntatem legantis, vt ex eius verbis apparet, & ita vbicunque detrahitur, contra voluntatem defuncti detrahitur, sed non talem quæ ad prohibitionem sufficiat, cùm præsumatur procedere ex errore, vel saltem de eius firma scientia non satis certi simus.

14 Ex his deciditur quæstio Deci. in dicto consi. 257. si pater obtineat filium suum legitimari, vt eidem succedere possit, quatenus ipse pater voluerit, vtrum illi tantum filius possit Falcidiam detrahere à legatis: Decius vbi supra dicit, quod sic, quia Falcidia hodie detrahitur, secundum testatoris voluntatem. Sed ista ratio est falsa, vt dixi: sed dictum eius verum est, scilicet, quod dictus filius Falcidiam detrahere possit, quia licet filius non possit contra voluntatem succedere, & Falcidia contra voluntatem detrahatur, tamen non est talis hæc voluntas, si non est expressa, quæ vim obtinere possit.

Præterea hæc legitimatio de qua loquimur, eum non habet, vt filius ad instar extranei capacis redigatur, qui secundum voluntatem, non contra voluntatem testatoris succedere potest, vt extraneus. C. de hæred. instit. & l. quidam cum filium ff. de verbo. oblig. sed extraneus, hæres institutus, Falcidiam detrahere potest, si specialiter vel expresse non prohibeatur, ergo & iste filius Falcidiam detrahere potest, & ita bene consuluit Deci licet ratio per eum adducta, fuerit falsa: & aliæ etiam rationes quas ibidem 15 ponit non sunt veræ, dictum tamen, vt dixi, verum est, quicquid voluerit Alciat. in Rub. ff. de libero & posth. numero 34. cum sequent.

[Margin notes: Rainald. c. Rainaldus, infra tu. ... — Legitimatus in quatenus das ex patris volun... detrahere Falcidiam ... ratio Deci. — Contra Alcia. defenditur opinio Decij. — 16 De Trebellianica, an sit eiusdem rationis cū Falcidia. — Noua opinio.]

Videamus tamen, an hæc, quæ de Falcidia diximus, in Trebellianica locum habeant, scilicet vt rationes supradictæ vendicent sibi locum in Trebellianica, & in hoc, vt & in alia 16 difficultate explicuimus, vbi non eiusdem rationis esse quoad Confusionem, Falcidiam & Trebellianicam ostendimus, ita & in hac difficultate nostra diuersæ rationis sunt Falcidia & Trebellianica, quia non sicut qui legat ignorare potest, an bona sua sufficiant legatis, vt apud hæredem quarta bonorum remaneat, cùm vt dictum est, Sæpe de suis facultatibus plus quàm in his est, sperant homines.] Ita, qui hæreditatem suam restitue re iubet, falli potest, cum siue substātia eius sit magna, siue parua, qui iubet hæreditatem restitui, intelligit se nihil hæredi relinquere, ergo cùm non sit par ratio Falcidiæ, & Trebellianicæ, dici debet, vel Trebellianicam prohibere non posse, cùm ius antiquum non reperiatur correctum, vt voluit glos. in dict. authen. Sed cum testator, & Bart. leg. Nemo potest in col. 2. ff. de leg. 1. vel si possit prohiberi, vt Bart. sibi contrarius vult in authent. sed cum testator. & in l. Marcellus ff. ad Trebellianum, vbi Alexan. lat. numero 8. & 9. & alij volunt, quos D. Episcopus in dicto §. 3. in capitul. Raynaldus numero 6. refert, & Anto. Gabriel de commun. conclu. lib. 4. tit. ad Trebellia. concl. 1. refert. vtriusque partis authores: & Corras. in l. filium quem habentem. numero 26. & 17. C. famil. hercis. cund. cū sequent. & in practica Rota nostra obseruatur, vt Cassado. notat in titul. de testament. non erit opus alium prohibitionis modum requirere, quàm eum, qui ex simplici fideicommisso hæreditatis satis superque colligitur.

Et ita quoad Trebellianicam nihil interesse puto, si quis hæreditatem suam, vel totam hæreditatem suam restituere iubeat, vt in l. qui totam ff. ad Senat. consult. Trebellia. Nam ibi nihil interest, deficiat, vel non, illa dictio. Totam, vt ibidem apparet, & in l. debitori mi. ff. quæ in fraud. creditor. facit textus in l. cogi. ff. ad Trebell. vbi quoad Trebellianicam nihil interest, iubeatur quis restituere indefinitè, vel vniuersaliter, licet doctores distinguant, vt potest videri latè per Anton. Gabrielem commun. conclusio. lib. 4. ad Trebellian. conclusi. 3. cum seq. vsque ad 9.

Cùm autem, vt dixi, nihil intersit quò 17 ad Trebellianicam fiat prohibitio expressa, vel tacita, quæ semper inest, cum restituere hæreditatem quis grauatur, dubium est, an hodie prohiberi possit. Nam vt diximus admissa potentia de voluntate, nulla potest esse quæstio, cum in ea non possit cadere, error, qui in Falcidia contingere potest: nam voluntas est clara, & certa: & videtur verior opinio eorum, qui existimant, quod prohiberi nō possit, cum Bart. in dict. l. nemo po-

Defenditur opinio Bartol.

potest. quia cum lex correctoria sit, non debemus eam extendere, & vt dixi, hoc magis apparet, quia non sunt eiusdem rationis Falcidia, & Trebellianica Item quia si posset prohiberi, nunquam detraheretur, cum semper prohibita ex verbis testatoris, & mente diceretur, & tamen detrahitur etiam post *dictam authen. sed cum testator.* vt in *dicto cap. Raynaldus in versic. dilectus. & cap. Rainucius extra de testament*, est expressum, ergo verius est Trebellian. prohiberi, nō posse, quia si prohiberi posset semper prohibita censeretur.

Potest autem assignari ratio quare magis Falcidia, quam Trebellianica prohiberi possit, vt eam nō ineptam assignat *Alciat. libr. 5. paradox. in cap. 19.* quod Falcidia ipsius testatoris vtilitatem quodammodo respiciat, Trebellianica verò solius hæredis, cùm non detur occasio, vt ex prohibitione Trebellianicæ testatoris subuertatur voluntas, cùm si ob prohibitam Trebellianicam hæres recuset adire, ex Trebelliano compelli possit: quod in Falcidia cessat, cùm à legatarijs hæres compelli non possit, vt in *l. Nam quod. in §. si ff. ad Sena. consul. Trebellia.* & propter hoc forsan ita placuit *dicto cap. Rainaldus. & cap. Rainucius.* vt Trebellianica extrahi possit, quod in ea nihil possit testatoris volūtas, & vt lex correctoria qualis est *dict. authen. sed cum testator*, non extendatur, sufficit quælibet ratio differentiæ, imò neque quod sit eadem ratio, verum nec quod sit maior, sufficit ad legem correctoriam extendendam, vt latè docto. vbi *Ias post gloss. in authen. quas actiones. C. de Sacrosanct. Eccls. Alex. in dict. l. Marcellus. nu. 8. in fi.* Et ideò si iuris strictam rationem consideremus, prohiberi Trebellianica non potest, quod si posset, semper prohibita cēseretur, vt supra ostendimus, licet in practica obseruetur, vt prohiberi possit, & specialis vel expressa prohibitio requiratur, durum tamen est in eo, quod testator potest, eius voluntatem in qua error cadere non possit, non obseruare.

CAP. VIII.

Vtrum legatum filio relictum iure antiquo pater possit repudiare: ad intellectum l. ex repudiatione. C. de fideicommiss.

SVMMARIVM.

1. *Legatum filio relictum pater potest repudiare secundum docto de quo infra. nu. 6.*
2. *Seruus & filius æquiparantur.*
3. *Quis non potest effici dominus inuitus.*
4. *Dominium rei legatæ filio residet apud patrem.*
5. *Effectus attendi semper debet.*
6. *Pater non potest repudiare relictum filio, contra Docto. & de intellectu. l. ex repudiatione.*
7. *Reprobantur tres intellectus gloss. & doct. ad illam legem.*
8. *Legatum conditionale repudiari non potest, etsi sit conditio potestatiua.*
9. *Seruus & filius non sunt eiusdem rationis in hac materia.*

LEgatum seruo delatum dominus potest re- 1
pudiare] inquit tex: in *l. legatum. ff. de lega. 1.*
potest ergo eodem modo pater relictum filio,
vt ibidem volunt *doctores, glossa & doctores, in l. ex re-*
pudiatione. C. de fideicommiss. Barto & alij in l. is qui hæ-
redem §. fi. de acquiren. hæredi. cùm idem iuris habeat
pater in relictis filio, quod habet dominus in re-
lictis seruo iure digestorum, vt *ff. de acquiren. hæ-*
red. in l. Placet. & ff. de su. & legi. hæred. in l. penul. versi
quicquid: & in l. 1. ff. si quis à par. fuer. manum. & si-
cut seruus domino acquirit, ita filius patri, vt
probatur *instit. per quas personas nob. acquiren. per*
totum: qui titulus de vtroque loquitur. Quini- 2
mò æquiparatio ista inter filium & seruum sæpe
fit, vt mihi. Quod cum *eod. §. qua diximus & C. de*
furt. & seru. corrupt. l. si quis seruo. alieno in glo. & ff.
de seru. corrupt. l. vt tantum. §. 1. facit text. *in l. 1. in §.*
potestatis. ff. de peculio. sic ergo probatur commu-
nis opinio in dicta l. legatum.

De intellectu l. legatū seruo & infra. num. 9.

Quod etiam suadetur. nam si repudiatio le- 3
gati filio relicti, à patre facta non valeret, con-
tingeret, vel quod *inuitus* pater dominus esset
quod esse non potest *ff. de dona. l. hoc iure. §. non*
potest. & C. de iure de liber. l. nec emere & ff. de bono pos-
ses. l. 3. §. inuito. & notatur *ff. de verbo. oblig. in l. ser-*
uus vetante, vel quod dominium legati in pen-
denti esset, donec filius sui iuris efficiatur. quod
esse non potest. vt in *l. si. ff. cōmu prædio* sensit *gloss.*
in l. 2. ff. de pollicita. & l. 2. vbi Bar. ff. de bona. caus.
mort. & de leg. 2. in l. cum filius. in §. seruus. vbi eum
cessit dies, legatum non potest esse in penden-
ti text. vbi not. *Bart. ff. de stipulat. seruo. l. vsus fru-*
ctus. ne igitur hęc inconuenientia dentur, repu-
diationem à patre factam valere dicendum est.

Pro ista opinione facit, quia dominium lega- 4
ti filio famil. relicti, residet apud eius patrem, vt
supra probatum est, per dict. *l. placet.* si autem a-
pud eum dominium est, ergo potest de eo libe-
re disponere repudiando, vel omittendo, vt
C. manda. l. in re mandata. ff. de petitio. hæred. l. sed etsi
lege. in §. consuluit & in materia nostra. *C. de repud.*
hæredi. per totum. & ff. de acqui. vel omitt. hæredi. Cùm
igitur pater dominus sit, libere omittere vel re-
pudiare poterit, quod ex definitione dominij
colligitur.

Item si patri legatum esset relictum, nemini
dubium est ab eo posse repudiari, ergo eodem 5
modo quando filio mediante, ei est relictum.
Nam vbi habetur effectus, id est dominium, de
medio acquisitionis non curatur. textus est *ff. de*
deprecar. l. certè. ibi propriè] sicut & alias magis
effectum inspicimus, quam modum ad eum
perueniendi, vt probatur in *l. si mater. C. de instit.*
& substitu. l. fideicommissa § si cui ita ff de lega. 3. & ff.
ad Sena. consul. Trebel. l. mulier. in princ. & in l. si ita
ff. quand. di. lega. ced. & ff. de dona. inter vir. & vxor. l.
sed & mortis §. 1. & in l. fina. C. de dona. quæ sub mod.
& ff quib. mod. pig. vel hypo. solui. in l. sicut §. sed si
permiserit Cùm ergo nihil differat quo pacto ac-
quiratur dominium, certè in proposita specie
solum debemus attendere patrem dominum
effectum, non autem debet considerari per se,
vel per

vel per alium id contingat. facit *ff. de vulga. & pupi. l. sed etsi plures §. filio impuberi.* ibi; iuncta cœpit &c.]cum igitur per propriam personam ius acquisitum repudiare potest, ita vbi per filium ius tibi acquisitum est.

6 Sed contraria opinio verior est, scilicet quòd legatum relictum filio, pater non possit repudiare: nam tex. est clarus, quem malè doctores interpretantur. *C. de fideicommiss. l. ex repudiatione.* vbi apertè probat patrē legatum filio relictum repudiare non posse. Inquit enim text. ex repudiatione fideicommissi, doli mali exceptio iusta causa intercedente tunc opponitur, quando ipse, cui fidei commissum relictum est repudiatione vsus fuerit, vnde cum hoc non te, sed patrem fecisse asseueres, qui tibi nocere non potuit, nihil tibi obesse potest.]Nec valet intelle-

7 ctus gloss. ibidem quod loquatur text. ille in filio emancipato, quia vt ipsi doctores fatentur, diuinat hic intellectus, cùm filius in dubio emancipatus non præsumatur. *C. de colla. l. si emancipati ff. de probatio l. si filius.*

1. Intellect. qui reprobatur.

Item nec secundus intellectus, quod erat legatum in castrensibus, vel quasi, quia similiter diuinat secundùm eosdem.

2. Intellec. qui reprobatur.

Peior est tertius intellectus; quod loquatur in legato conditionali, licet hunc intellectũ ibidem sequantur doctores, & doctores post *Bart. in dict. l. is qui heres §. fi. circa finem.* quia similiter diuinat, de conditione enim, ibidem verbum nullum: nec præsumendum est conditionem impositam fuisse: præterea iste intellect. est contra literam illius text. ibidem enim ponitur regula quædam, ex qua ad quæstionem propositam arguitur, regula talis est: ille cui relictum est fideicommissum repudiare potest, nõ etiam alius: consequentia quæ ex illa regula fit, talis est: ergo tibi fideicommissum relictum pater tuus repudiare non potuit. Si ponis, prout doctores ponunt, consequentiam istam loqui de legato conditionali necessario dicendum est, antecedens assumptum, de conditionali relicto loqui, & sic vellet regula, illum cui relictum est conditionale legatum, vel fideicommissum, repudiare posse: istud autem falsum est, quia lega-

3. Intellec. communis peior prioribus.

8 tum conditionale repudiari non potest, vt *ff. de legat. 2 l. si ita scriptum. §. sub conditione,* & not. omnes. *C. de pact. l. 1.* etiam si sit relictum sub conditione, quæ sit in potestate legatarij, vt in *dict. l. is qui heres in fin. Cuman. in l. 1 in §. permittere. in. fi. ff. si quis omi. cau. testamen.* nec excluditur à legato, quod dicat se nolle implere conditionem, vt contra Aretin. defendit *Acost l. 2. Selecta. interpretatio. cap. 2. num. 3. in fin.* cum sequent. cum itaque propositio prior *dict. l. ex repudiatione.* in relicto conditionali intelligi non possit, nec quæ ex illa sequitur consequentia, ille ergo tex. in secunda parte non potest intelligi, quòd ideò ibidem pater non possit repudiare legatum, vel fideicommissum filio relictum, qui conditionem habet; nam sequeretur ex prima parte text. quod ipse filius repudiare posset, quod falsum est, si conditionale est, per *dict. l. si ita scriptum.* Est ergo ibidem textus apertus qui decidit istam quæstionem, quicquid doctores malè eum intelligentes velint, quod etiam videtur probari. *C. de iure delibe. l. repudiante.* vbi dicitur quod pater repudiãdo hæreditatem filio delatam, eidem filio nullum parat præiudicium, nec spem ei potest auferre, cuius ratio non solum in hæreditate, de qua loquitur text. ille locum sibi vendicat, verùm & in legatis, & fideicommissis: & sic tenẽdam istam partem censeo, quæ satis dictis legibus probatur.

Non obstant allegata in contrarium, & primo non obstat text. in *dict. l. legatum.* quia loquitur in seruo, qui nullam spem bonorum habet, cùm inuito domino sui iuris effici non possit, ideò spes in eo aliqua quoad prædicta bona considerari non potest: at filius etiam inuito patre sui iuris effici potest, cùm hoc non sola manumissione contingere, sed & patris morte possit. Quinimo doctores ipsi istam differentiam probant, dùm hæreditatem seruo delatam dominũ repudiare, delatam verò filio nequaquam patrem posse affirmant, & probatur in dict. *l. is qui heres. §. fin.* vbi *Vlpian.* inquit; neque filius familias repudiando sine patre, neque pater sine filio alteri nocet, vtrique autem possunt repudiare]quæ differentia maximè suadetur, quia etiam considerato præsenti statu, dispares sunt filius, & seruus, cùm seruus nullius spei bona habere possit. vt. *C. commu. de success. l. seruus. C. de lega. l. seruus. C. de Sacrosan. Eccles. authent. ingressi. & insti. per quas personas nob. acquir. §. item vobis. & ff. de manumiss. l. 4. in princ.* filius autem multifariam bona habere possit, qualia sunt Castrensia, & omnia illa etiam iure digestorum, quæ patri non acquiruntur, qualia sunt hęc, quæ à patre repudiãtur, in cuius præiudicium repudiationem valere dubium non est, argu. *ff. pro Soc. l. Sed & socius §. prim. & l. actione §. diximus & instit. de soc. §. manet.* & facit in simul. *ff. de seru. rust. l. per fundum.* & in hac materia sentit glo. *dict. l. ex repudiatione.* & facit. *ff. solut. matri. l. 2. §. quod si in patris,* & probatur *dict. l. is qui heres.* ibi, alteri nocet]facta autem repudiatione à patre, filius erit dominus legati, vel fideicommissi, & sic respondetur ad primã, & secundam rationem contrariæ partis. Nec est mirum, quod filius familias iure digestorum bona habeat præter Castrensia. Nam & aliàs hoc cõtingit. *ff. fam. hercisc.* vt in *l. Pompon. Philadelphus.*

9 Intellectus l. legatum seruo. de lega. 1.

Nec obstat etiam tertium, quod dominium sit apud patrem, ergo repudiari potest quia respondeo quòd verum est, ita demum si velit; eo autem omittente quasi nunquam ius habuisset censetur, vt *ff. de lega. 1. in l. si tibi homo §. cum seruus,* & ita etiam respondetur ad quartum, quod nõ inspicitur medium acquirẽdi; vel per quem acquiritur, quod verum est, si acquisitum irreuocabiliter esset, at casu proposito non est acquisitũ irreuocabiliter, sed si velit: ꝙ si ipse nõ velit nõ ex hoc lęditur, imo cõfirmatur ius filij: verior est ergo contra doctores hæc opinio, cùm glos.

Dominium legati filio facti quomodo sit apud patrem.

in *l. legatum seruo. ff. de lega. 1.* an autem prelatus possit repudiare legatum Ecclesiæ factum, vide per *Anto. Gabr. lib. 4. commu. cõclusi. titu. de fideicommiss. conclus. 3.*

CAP. IX.

De intellec. l. 1. & 2. C. si aduers. credito. præscript. oppo. quo tẽpore hypothecaria actio præscribatur.

SVMMARIVM.

1 *Debitor vel eius hæres non præscribit hypothecariam minori spatio. 40. annorum.*
2 *De intellectu l. cum notissimi. in § illud. C. de præscriptio. 30. vel. 40. annorum.*
3 *Præscriptione dominij tollitur hypotheca, sed non vsucapione, secundum doctores. sed eorum opinio non est vera.*
4 *Actio personalis iure digestorum quo tempore tollebatur.*
5 *De intellectu l. 1. & 2. C. si aduers. credi.*

QVo tempore hypothecaria tollatur licet doctores leuiter pertranseant, non tamen leuis est difficultas. Illud autem in primis apud omnes receptum est, & legibus expressè probatur quod debitor, vel eius hæres non potest ab hypothecaria minore spacio defendi, quã quadraginta annorum. *l. sicut in rem. an l. cum notissimi § 2. C. de præscriptio. 30. vel quadraginta annorum.* Sed contra tertium possessorem pignoris, quo tempore agi possit, est maxima difficultas, licet communiter doctores velint, quod si sit titulo munitus possessor, siue ille titulus à debitore sit habitus, siue à tertio, præscriptione decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes excludatur creditor, & ita præscripto rei dominio, & pignoratitia actio præscribatur vt *C. si aduers. credit. præscript. opponatur. l. 1. & 2. & C. de exceptio. l. si obligata.* Et ita sine distinctione admittunt doctores, vt patet, ex *Ias.* qui eos refert *§. Item Seruiana de act. insti. nu. 123.* licet aliqui, ex allegatis per ipsum, id non dicant, quia *Imol.* quem allegat hoc non dicit. Et licet de ista quæstione scribat *Bal. de præscript. in 4. part. 4. partis quæst. 3. 16. volu. tracta.* tamen non tangit difficultates, *Antonius Negus de pigno. 2. mẽbr. 6. partis princi. volum. 8. tract. diuersor. doctor.* etiam latè ponit quęstionem, & facit distinctionem an possessor rei hypothecatæ habeat titulum à debitore, vel ab alio. per *l. cum notissimi §. sed cum illud. de præscriptio. 30. vel 40. annorum,* secundum distinctionem ibi positam, vtatur debitor, vel non. Sed ille text. loquitur in casu speciali, quãdo secundus creditor vult excludere priorem, & ita hypotheca concurrit cũ hypotheca, & ibi non agitur de præscribenda re, sed de prælatione hypothecæ, non enim potest creditor rem sibi hypothecatam præscribere, vt dicit tex *ff. de vsuca. pio. l. seruo nomine.* vbi quo ad vsucapionem debitor, non creditor possidet.

De intellectu l. cũ notissimi §. sed cum illud.

licet *Rip. nu. 14. in rubri ff. de pigno. dict.* legem generaliter intelligere velit, tamen non est verus eius intellectus, nec potest fingi casus, in quo id cadere possit, vt infra dicam. Et ita illa distinctio quæ ibi fit, & bene ponitur per Negusant. non contrariatur dictæ opinioni doctorum, *dicta l. 1. & 2. si aduers. credi. in præscrip. oppo.* & ibi. *Bald. in princip.* qui ponit dictam declarationem.

Contra Iam.

Sed prædictis opinionibus aliqua videtur obstare, vt per præscriptionem longi temporis non possit hypothecaria tolli, quia non tollitur per rei vsucapionem, vt *ff. de vsuca. pio l. sancto §. non mutat. & C. de pigno. l. vsucapio & ff. de pignori. in l. 1. §. cũ prædium,* vbi inquit tex. Pignoris enim causam nec vsucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione dominij separatur] & dict. § *non mutat.* Nõ mutat (inquit *Papinianus*) vsucapio superueniens pro emptore, vel pro hærede, quominus pignoris persecutio salua sit, vt enim vsus fructus vsucapi non potest, ita persecutio pignoris, quæ nulla societate dominio coniungitur, sed sola conuentione constituitur, vsucapione rei non perimitur] Ergo si vsucapione rei non perimitur hypothecaria, quare præscriptione perimetur? nec enim minoris est vsucapio virtutis, quam præscriptio. Imò maioris, si credimus doctoribus asserentibus vsucapione vtrumque dominium, & directum, & vtile acquiri, præscriptione tantum vtile, vt ipsi not. *C. de bon. mater. auth. nisi tricennale, & C. de pactis l. traditionibus,* de quo aliàs.

De intellectu l. sancto in §. non mutat ff de vsucapi. & l. vsu capio. C. de pignoribus barisia [illegible]

5 Nec his obstat quod *Barto. dict §. cum prædium & Alber. in dict. l. 1. C. si aduers. credito.* dicant ideò tolli hypothecariam præscriptione rei, non vsucapione, quia longioris temporis sit præscriptio, quam vsucapio, hæc enim differentiæ ratio nihil facit cùm neutrius sit tempus sufficiens ad tollendam actionem personalem, vt fatentur omnes, & probatur *dict. l. sicut in rẽ, & l. omnes: & l. Cum notissimi,* quare ergo tolletur hypothecaria quæ solet esse non minoris vitæ, quàm personalis, vt dict. ll.

Contra Bar. & Albert.

Præterea si acquisitio dominij per possessorem esset sufficiens ad excludendum creditorem ab hypotheca, ergo esset tam in vsucapione, quam in præscriptione: si hoc non est sufficiens, cùm remaneat personalis, quare fiet distinctio inter præscriptionem, & vsucapionem rei? cum neutra actionem personalem excludat, & vtraque dominium, maximè vero vsucapione, secundùm doctores extinguatur.

Præterea vt dictæ leges dicunt pignus ab intentione dominij separatur, id est, non inconuenit dominium commutari salua hypotheca remanente, sicut enim si dominus rei hypothecatæ eam vendat, in aliumque transferat dominium, non perimitur ius hypothecæ, vt. *C. de pignor. in l. Debitorem* sed sequitur dominium, ita si præscribatur, vel vsu capiatur, licet mutetur dominium rei, non debet ex hoc ius hypothecæ perimi: nam præscribens eodem modo præscribit rem quo erat apud eum, contra quem præscripsit:

scripsit:facit text.notabilis.in *l.2.ff.de statu liber.in princip.* vbi inquit *Vlpianus*; Qui statu liberi causam appræhenderit, in ea conditione est, vt siue tradatur salua spe libertatis, alienetur, siue vsucapiatur, cum sua causa vsucapiatur.] Nam etsi prædium seruiebat apud Titium, idque Sempronius vsucapiat, & seruiet etiam apud Sempronium, cum sua enim causa præscripsit. Et hoc est quod voluit textus in *dict. §. non mutat.* dicens quod per vsucapionem dominij, nō vsucapiatur vsus fructus, ita dicendum est de hypotheca, vt text.argumentatur. Nam si Titius rem mihi pignori dedit, & postea eam Sempronius vsucapiat, si contra eum agatur, ipseque de dominio excipiat, ego replicabo, esto quod dominus sis, sis quidem, vt & Titius erat cum eadem conditione dominus sis. Nā quod dominus sis, non nocet hypothecariæ, quæ contra dominos maximè dari solet, dominium enim persequitur, *ff.de pigno.actio.l.Rem alteram.* Ipsosque dominos regulariter lędit, nō enim cum dominio solet associari, sed potius contra dominiū datur, quia abhorret dominium, vt ff. de Regul.l.neque pignus. Et ideò quia tu dominus rei hypothecatæ es, te conuenio, & ita habes explicatam rationem tex. *in dicta.l.1.in §.cum prædiū & in dict.§.non mutat.l.iusto.ff.de vsucap.* meliùs, quā per docto. quæ rationes communes sunt, & ad vsucapionem, & ad pręscriptionem: quare ergo inter eas fiet distinctio? Hæc tamen distinctio vt vsucapione rei hypothecaria non tollatur, præscriptione vero tollatur, videtur probari *ff.de diuers. & temporal.præscript. in l.an vitium.circa finem. & in l.creditor.* vbi diutina possessione hypothecę excluditur creditor ab hypotheca, sic in dicta. l.1.& 2. quod doctorū opiniones probare videtur: quid tenendum in ista maxima difficultate?

Ego existimo, licet nullus doctorum hoc ita
Noua interpretatio. declaret, quod nunquam pręscriptio rei dominio actio hypothecaria tollatur, durāte actione personali nulla distinctione facta inter vsucapionem & pręscriptionem: non obstant dictæ leges, quæ probant, diutinę possessionis pręscriptione excludi ab hypotheca creditorem. Nam dico ideò contingere, quia de iure digestorum
4 & ante nouas leges personalis actio tollebatur longi tempore præscriptione, præscriptio enim longissimi temporis 30. vel 40. annorum, eo tempore erat incognita, vt inquit *gloß.ff. ad.l. Aquila.l.Qui occidit.* & licet glos. absolute neget præscriptionem aliquam eo tempore in actionibus dari, tamen saltem quoad reales actiones negari nō potest cognitas fuisse præscriptiones, quia & contra fiscum, nedum contra alios erat cognita præscriptio. 20. annorum. *ff. de iure fisci.l.*
Præscriptio 30. annorū an esset cognita a digestorum iure. *1.§.Diuus. & ff.de diuers. & temporal. præscript. l.in omnibus & ff.de requirend.reis.in.l.2.& 3.* Quod enim dicitur de pręscriptione biennali, quod corrigitur *instit.de vsucap.in princ.& de vsucap.transf. l. vnic.* ad ius antiquum, quod iam digestorum tēpore erat emendatum pertinet iure enim digestorum, iam rescriptis Principum ea res erat tēperata, vt *eodem tit.de diu.& temporali præscript. in l. rescriptis.* & facit *eo.tit.l.Longe.* ridiculum enim esset diutinam possessionem vocare biennalem. Item si personales omnes actiones erant perpetuæ, nec vllo tempore tollebantur, quare deterioris conditionis esset fiscus, qui viginti annis excludebatur, per dictas leges: & quod præscriptio, 10. vel 20. annorum st. iure apud iuris cōsultos esset nota, apparet ex *lib.5.recepta sentent. Iulij Paul.titu. 2.* vbi ita inquit, longi temporis præscriptio, inter præsentes continuo decennij spatio, inter absentes vicennij comprehenditur] Veriùs ergo est præscriptionem longi temporis 10. vel 20. annorum iure digestorum vigere, & ideò præscriptione longi temporis, præscripta re hypothecata & hypothecariam tolli, non ratione solius præscriptionis dominij, sed quia actio hypothecaria etiā erat sublata, hodie autem cum actio hypothecaria lōgioris sit vitę, quam dominiū ego puto q̀ pręscripto dominio actio hypothecaria non impediatur per rationes positas in dictis legibus, & per supradicta, quia nihil commune habet causa pignoris cum dominio, imò solet dominium impugnare vt dictum est.

His ita resolutis habes concordatas omnes 5
leges in ista materia, quę videbantur maximam *De intelle.*
habere difficultatem, superest etiam, vt *dictam l. 1.& 2.C.si aduers.credi.* explicemus; doctores volūt viginti annis Pręscripto dominio rei, & hypothecariam tolli, idque volunt, siue rem habeat præscribens à debitore, siue à quocunque. Nos diximus eo casu, quo hypothecaria solet durare 30. annis, non tolli per præscriptionem rei etiam præscriptione 10. vel 20. annorum, & dictis legibus ideò tolli præscripto dominio hypothecariam, quia eo tempore ante leges nouas non durabat amplius hypothecaria actio. Imò erat eiusdem vitæ, cùm sit actio realis, vt in *dict.l.creditor.ff.de diuer.& tempo. præscriptio.* Nunc vero inquantum prædicti] doctores volunt dictam legem loqui etiam vbi titulus, vel causa habetur à debitore, videtur habere difficultatem, quia præsupponitur ibi hypotheca, quæ non potest cadere, nisi illa res fuisset in dominio debitoris. vt *ff.de pigno.actio.in l.rem alienam* ergo opus est vt ibi debitor esset dominus: si dominus, ergo & ille, qui ab eo habet titulum, erit dominus: ergo nō est quod de pręscrip. dominij tractetur. vt *ff.de vsucapio.l.sequitur. §.lana ouium.*

l. 1.& 2. C. si aduers. credito.

Nec obstat dicere etiam hypothecariā, sine dominio cadere posse, sufficere enim quasi dominium, vt in Publiciana, vt *ff.de pignori.in l.si ab eo.* vbi hoc est expressum, quia dico, quod cùm hic præsupponamus possessorem titulum habere ad præscribendum, ergo etiam cessabit Seruiana, sicut & Publiciana, quæ in quasi dominio nititur, & non datur contra titulo possidentem, cùm in pari causa potior sit cōditio possidentis vt probatur in ista materia, & in *l.fine autem. §.si duobus.ff.de Publicia.in rem actio.* & sunt notissima Publicianæ actionis principia. Impossibile est

ergo

ergo loqui in præscribente, qui habeat titulum à debitore, & ita dictam l. 1. exemplificat *glos. in l. fi. in verbo. creditorem. C. de longi temporis præscriptio.* in habente titulum à tertio, & non à debitore domino: sed his respōdere possumus, quod tex. loquatur de præscriptione hypothecariæ actionis, non de præscriptione dominij: & ita cessant supra dicta, & cum in *dict. l. 1. in fin.* probetur, quod actio personalis durat, etiam hypothecaria actione præscripta, clarè apparet, quod ante leges nouas non præscribebatur actio personalis, eo tempore quo hypothecaria; imò nullo tempore, si credimus *glos. in dicta l. quis occidit.* quæ probari videtur in *princi. instit. de perpet. & tēpo. actio.* sed præscribebatur actio hypothecaria eo ipso tempore, quo res ipsa immobilis, scilicet spacio decem, vel. 20. annorū. vt in *l. si à creditore. C. de actio. & obliga & dict. tit. C. si aduers. credito. & dicta l. creditor.* quod est valde notandum, quia si isto modo prædictæ leges non intelligantur, maximas pariuntur difficultates, quæ à doctoribus nostris non explicantur: quæ omnes ex supradictis sublatæ videntur, vsucapio ergo triennalis dominij nūquam substulit hypothecariā, quia semper hypothecaria fuit longioris vitæ, & mutatio dominij nihil promouet quoad hypothecariam, præscripto vero dominio per longum tempus tempore digestorum, & Codicis ante leges nouas tollebatur hypothecaria, quia eodem tempore durabat, licet remaneret actio personalis. *vt dict. l. 1.* hodie vero cum actio hypothecaria lōgioris temporis, quàm aliqua dominij præscriptio sit, vsucapio, vel præscriptio dominij non tollit hypothecariam. Quæ nulla societate dominio coniungitur, imò ab intentione dominij separatur] omnino, vt supra dictum est: ad quod est etiam text. in *l. intelligere debes. C. de luitio. pignori.*

C A P. X.

Vtrùm aduersus præscriptionem ex Capite ignorantiæ detur restitutio: & vtrum qui præscripserit cum bona fide, sit tutus in conscientia, superueniente scientia rei alienæ post perfectam præscriptionem.

SVMMARIVM.

1. *Error doctorum in materia præscriptionum, & absurda quæ eorum opinione sequuntur.*
2. *Opinio Alciati quod præscriptio non defendat in conscientia.*
3. *Opinio doctorum quam auctoritatem habere debeat.*
4. *Leges quæ inducunt præscriptionem, non fundantur in præsumptione aliqua.*
5. *Dubius, an præscribat*
6. *Quid sit bona, vel mala fides.*
7. *Dubietas propinquior est bonæ, quam malæ fidei, & quid de credulitate & opinione.*
8. *Dubietas prodest post titulum, non quæ titulum præcedit.*
9. *Interruptio bonæ fidei an postea consolidetur.*
10. *Intellect. cap. fi. sex. de præscriptio.*

CVm semel de præscriptionibus loqui cœpimus, non ab re erit aliqua in ea materia examinare, in quibus existimo doctores vulgo errare, moti quodam æquitatis colore. Nam 1
quod inquit *iurisconsultus Paul. in l. si seruum. §. sequitur. ff. de verbo. obliga.* vbi ita dicit. Et Celsus adolescens scribit, esse enim hanc quæstionem de bono & æquo, quo in genere plerumque sub auctoritate iuris scientiæ perniciose inquit erratur] in hac nostra materia contingit. Cūm enim per leges in materia præscriptionum cautum sit, vt inter presentes currat decennalis præscriptio, inter absentes vero, quia ignorantia ex absentia solet ferè causari, viginti annorum tempus expectetur, vt in *fi. C. de præscriptio. longi temporis, cum cōcordantijs pluribus,* & ita satis cautum sit, vt nullus sine magna negligētia possit rem suam præscriptam dolere, tamen doctores hoc non contenti, volunt quod si ille, contra quem præscriptum est, se ignorasse prætendat rem suam præscribi (quæ ignorantia regulariter præsumitur *ff. de probationibus l. verius*) ex capite ignorantiæ contra præscriptionem restitutio detur, vt not. *gloss. C. de patr. potesta. in l. 1. doctor. in l. licet. C. de iure delib. Bart. in l. 1. in §. si quis propter. ff. de itine. actúq. priua. moder. lat.* in *cap. vigilanti de præscriptio. Alexa. & Soci. in l. cum filius in §. in hac de verbo. oblig.* latiss. *idem Alexand. consi. 169. volu. 2.* & apparet quod est magis communis opinio, quod detur restitutio ex capite ignorantiæ contra præscriptionem, siue sit præscriptio longi temporis, siue sit longissimi 30. annorum, siue etiam quadraginta, vt patet ex pluribus, quos latissimè refert *Tiraquell. de retract. in 2. part. in §. 35. in gloss 4. nume. 35. cum sequent. & Gozadi consil. 8. nume. 15.* vbi alleg. omnes doctores qui hoc tenent, & qui contrariam opinionem tenent in longissimi temporis præscriptione, *Paris. in consi 31. volu. 1. nu. 211. cum sequen.* & vide quę dicit *in consi. 204. nu. 143. eodem vol.* sed hæc opinio, quod ex casu ignorantię cōtra præscriptionem detur in integrum restitutio falsa est.

Decis. Pedamen 69. nu. 16.

Primò quia est contra supradictas leges. quæ ratione verisimilis ignorantiæ duplicant tempus, quod frustrà fieret, si perpetuò posset ignorans se tueri per restitutionem in integrum. Itē loquuntur contra text. *in l. vnica C. de vsucap trāsforman. & in l. fi. & authen. malæ fidei C. de longi temporis præscript.* cui non satisfiunt doctores ibi enim excluditur discrimen scientiæ, & ignorantiæ.

Præterea restitutio in integrum, etiā sub sit aliqua causa, non potest à iudicibus concedi, nisi in iure id expressum sit. Sed princeps est adeundus. *ff. de minor. l. nisi ex magna causa.* ignorantia autem non habetur pro iusta causa restitutionis in iure, nisi misceatur cum absentia Reipublicæ causa,

cauſa, vel alio impedimento, alioquin ſemper
daretur reſtitutio contra aditionem hæredita-
ris, ſi ignoraret hæres debita:& fruſtra poneretur
tur ſpecialis caſus, *ff. de acquir. hered. in l. cum de
heredi.* quando cõtra ius commune defertur in-
opinatum onus.

Abſurdum ex opinione doctorum.

Si eſſet denique vera communis opinio,fru-
ſtra præſcriptiones eſſent inductæ, quis enim
ſciẽs rem ſuam ab alio poſſideri longo tempo-
2 re,ſileret?vt dominia rerum in incerto non ſint
præſcriptiones inuentę ſunt,etiam domino in-
uito, vel ignorante,ſi enim ſciens eſſet, rem vi-
detur adeò negligere, vt eius præſcriptio volũ-
tate eius proceſſiſſe videatur. Et circa iſtam quę-
ſtionem, quia poſtquam hæc, & alia quæ cogi-
taram & ſcripſeram, venit ad manus noſtras re-
petitio *Ari. Pinelli, in authen. niſi tricennale. C. de bo.
mater.* vbi. *nu.* 58. latiſſime de iſta re tractat, & ſa-
tis cum iudicio iſtam opinionem contra cõmu-
nem probat, ne ibidem optimè ſcripta trãſcrip-
ſiſſe videar, verbum amplius nõ addam. Sed ad
opinionem aliam, ex qua etiam videntur præ-
ſcriptiones ipſæ inutiles reddi, tranſeamus:

Alciat. noua opinio quæ reprobatur infra.

nam & *Alciatus* omnium ſui temporis Iuriſcon-
ſultorum clariſſimus. *in l. Quinque pedum. C. finiũ
regundo.* eſt in noua opinione, quod licet iure
ciuili & canonico, qui præſcripſit rem alienam
bona fide defendatur, tamen in conſcientia nõ
ſit tutus, ſed teneatur reſtituere, ſemper quod
certus fuerit rem fuiſſe alienã, q̃ ſi verum eſſet,
præſcriptionum materia eſſet ſtirpenda, ne is in
peccato foueatur, & ex lucro paruulę rei, animæ
detrimentum, quod inæſtimabile eſt, patiatur.
Ibidem Alciatus ponit iſtam concluſionem cum
argumentis, quæ ſibi ab ſcholaribus fuerunt fa-
cta in publica diſputatione, & reſponſionibus.

In quo notandum eſt, quod licet duelli, &
armorum leges & iura tradiderit, cùm de ſingu-
lari, certamine ſcripſerit, certaminis tamen lite-
rarij non ſatis leges obſeruauit, cùm in diſpu-
tatione, non doctorum auctoritatibus, ſed le-
gibus & rationibus ſit deſceptandum: is e-
nim qui contra doctores diſputat, & tenet, quo
pacto auctoritatibus eorum erit impugnan-
dus? maximè quia etiam extra diſputationem,
doctorum authoritates non neceſſario ſe-
quendæ ſunt, vt enim ipſi doctores poſt *gloſ.
C. de legibus. in l.* 1. dicunt, opin. docto. pro-
babiles ſunt, non neceſſariæ, quia vt inquit *Fab.
§ reſponſa prudentum. de iure naturali,* doctores li-
3 centiam docendi ſunt conſequuti, non autem
vt eorum opinionibus ſit omnino ſtandum: fa-
cicit text. not. in *l.* 1. *in §. Sed nec. C. de veteri iure e-
nucle* vbi inquit tex. Sed neque ex multitudi-
ne auctorum quod melius, & æquius eſt iudi-
catore, cùm poſſit vnius forſan, & deterioris ſen
tẽtia, & multos & maiores in aliqua parte ſupe-
rare.] qui tex. loquitur in fortioribus terminis,
ſcilicet de opinionibus cõmunibus inter iuriſ-
conſultos, quorum authoritas vim legis obti-
net vt *dict. §. reſponſa prudentum.* Si tamen contra-
rij ſint, non omnino eſt ſequenda opinio plu-

Vide gloſ. in l. ſed licet ff. de offic. præſid. vide Abb. in c. ſoenies extra de ceſſ.

rimorũ, & facit *l. Potioris. C. de offic. rect. prouin.* tex.
l. pe. C. de cond. indeb. licet, vbi ſunt opiniones do-
ctorum rationibus fulcitæ, ſequendę ſunt, vt
per *Fab. in proœm. inſti. 2. col.* nec debet quis eſſe
inuentor nouarum opinionum ſine ratione,
vbi autem veritas contra doctores apparet, ea
oſtendenda eſt, vt ipſe dicit. Et inquit *Auguſtin.
in Epiſto. ad Hieron. inter Epiſto. Hieron.* 97. Quod
ſcripturis canonicis ingenuam ſeruitutem de-
bemus.] Et dum contra has nihil aſſerat, nihil
curat ſi contra interpretes aliquid teneat, & ita
ſe excuſat, quod diſcedat ad opinione Hiero-
nymi, qui eo tempore non tantam ab Eccleſia
conſequutus fuerat authoritatem, quæ omnia
certum eſt nõ ignoraſſe Alciatum, cùm ſcripſe-
rit paradoxa, licet ea non multum obſeruauerit
in argumentis. in *dict. l. quinque pedum.*

Abb poſt 10 And. conſilio 85. in prin l. 1.

Denique *Alciat.* oſtendere conatur, pręſcrip-
tionem excuſationem apud homines, nõ apud
Deum tribuere: etſi titulo & bona fide perpetua
ſit completa, ſed reſtituere in conſcientia te-
neatur poſſeſſor. Rationes poſſunt ibi videri,
quæ leues ſatis ſunt, vt à recepta opinione diſce-
datur, quam tenent & noſtri, & Theologi, vt
latè *Tiraque. de præſcript. §. 1. gloſ. 2. circa finem Fr.
Dominicus de Soto lat. de Iuſtit. & iur. lib. 4. quæſt. 5.
artic. 4.*

Obligatio reſtituendi vnde proueniat.

Nos omiſſis illis argumentis contra Alcia-
tum breuiter argumentemur. Reſtitutio, quam
quis tenetur facere in conſcientia, ex eo proue-
nit, quod res alienas, vel alij debitas ſine pecca-
to detinere non poſſumus, *de regu. iur. lib. 6. regu.
peccatum. extra de teſta cap. filius noſter.* quod pręcep-
tum ex diuina lege deſcendit, quæ furtum fa-
cere prohibet, quod præſupponit alienum eſſe,
quod intercipitur, vt *ff. de furt. in l. 1. & inſtit. de ob-
li. quæ ex delicto. §. furtum,* vbi ponitur diffinitio, fur-
tum eſt contrectatio rei alienæ, vt eſt notiſſi-
mum, facit & aliud decalogi præceptum, quod
rem alienam prohibet concupiſcere. Denique
nulla eſt lex ciuilis, vel canonica, aut naturalis,
quæ rem propriam, quam non ſum obligatus
tradere ratione contractus, vel quaſi, vel ex ma-
leficio, vel quaſi, quia nec eam vendidi nec pro-
miſi, vel aliter ſuper ea contraxi, me reſtituere
iubeat: ergo prædictam rem, legitimè vſucap-
tam, (quæ mea effecta eſt, vt. *C. de pact. l. traditio-
nibus, & vſucapio.* lege ciuili & canonica, quæ pro
bono publico fuerunt edictæ. *ff. de vſucap. l. 1. &
de præſcript. ext. per tot.*) nulla ratione teneor reſti-
tuere. Nec diuina, quæ res alienas non proprias
reſtituere iubeat. Nam & Deus, quæ ſunt Cæ-
ſaris, dari Cæſari iubet, cuius plura, vel potiora,
& vſurpatione longæ poſſeſſionis erant acqui-
ſita, quo fit, vt non ſolum qui vſu cepit reſtitue-
re rem domino antiquo non teneatur, vt do-
minus prior, ſi ad eum ſine voluntate ſecundi,
res olim ſua peruenerit, ſecundo domino in
conſcientia reſtituere teneatur, cùm rem alie-
nam poſſideat, ſi legitimæ præſcriptionis ſit
certus.

Matt. 22. Luc. 20. Marc. 12. & ad Romanos. 13.

Nec meæ argumentationi oberit, ſi conten-
das dari

das dari instantiam, in qua rem suam quis restituere in conscientia reneatur, vt si quis pecunias alienas, granum, & vinum, suo misceat, hac enim immistione propria efficiuntur, non tamen tutus in conscientia erit, nec hoc aliquis dixerit: quia respondetur primo, quod falsum est effici istius, imò remaner id commune pro tata, vt *ff. de rei. vendic in l. Marcellus in §. Pomponius*, & si aliquo casu euenerit, quod fiat totum propriũ quod miscetur, vt eo tit. *in l. idem Pomponius in §. Idem scribit*: id contingit, non quod lex eum effici dominum velit, sed quia natura ipsa hoc efficit, cùm sit impossibilis separatio, & eius ratione dominus fit, remanet tamen obligatus facto ipso quod delictum est, si dolo id fecerit. vel quia sine eo causa transferendi dominij iusta non subest, quæ esset necessaria, vt nec rẽ nec pretium restituere teneatur. Et ideò cùm sint res, quæ pondere, numero, vel mensura functionem recipiant, ad tantumdem restituendum obligatus erit, licet dominus effectus sit, non quod lex effici dominum voluerit, sed quia illud domino se uare, impediente natura, non potuit, ideò idem in genere seruauit, cum in specie, vel vt Logici dicunt, in indiuiduo non potuerit. At licet vsucapio videatur etiam ratione difficilis separationis induci, scilicet ne dominia rerum sint in incerto, non tamen impossibilis: neq; sola hac ratione fuit vsucapio inducta, sed quia cum tempore, & bona fides, & causa, siue titulus cum possessione concurrit, & ita illa ratio fuit, sed non sola, nam causæ aliæ admiscẽtur, quæ legibus approbatæ, iustum dominium adijciunt.

Dominium acquiritur aliquando, ex necessitate naturæ domino inuito: vel ignorante.

De ista commistiõe vide quæ Abbas in cap. quod indubys de cõsecrat. Eccle.

Nec est nouum, vt lex ciuilis & canonica contra domini voluntatem, dominum rei aliũ efficiant, vt in Trebellianica videmus, & Falcidia vt *ext. de testament. cap. Raynaldus & ff. de tigno* 4 *iniunct. per tot.* Maximè quia leges, & canones loquentes de præscriptione, non nituntur in aliqua præsumptione, sed præsupponendo rem fuisse alienam, alterius eam efficiunt, cùm in alieno, non in proprio possit cadere præscriptio, vt probatur *ff. de vsucap. in l. sequitur in §. lana ouium.* Non est ergo aliqua ratio obquam in conscientia excludantur præscriptiones. Ideoque si fateatur quis rem olim alienã à non domino emisse, & vsu eam cepisse, non compelleretur restituere, quod fieret, si præsumptio iuris, & de iure (quod aiunt) solum eum tueretur. Nam tunc confessio sibi noceret, vt notatur, *C. de non numerata pecunia in l. in contractibus*, ex quibus ego non video quare lex canonica præscriptiones approbans in conscientia etiam nos non defendat, cum titulo & bona fide perpetua, est, consumata præscriptio. Præterea frustra ius canonicum corrigeret ius ciuile, quo sufficiebat bonam fidẽ esse ab initio, vt supra ostendimus, libr. præcedenti in cap. 10. num. 13. ne cum peccato curreret præscriptio, si iure canonico præscriptio, non excusaret à peccato, & in restitutione, esset enim tollere vnum peccatum, & aliud eius loco substituere, quod maximè absurdum esset.

5 Sed an dubitatio loco bonæ fidei sit, doctores quærunt, & tenent dubium præscribere, vt not. post glos. *extrau. de præscri. in cap. fin. Franc. Balb. tract. de præscri. 3. parte. 6. partis princip. 3. q.* vbi alias allegat, licet *Sot.* velit contrarium, *in dict. art. 4. circa fin. dicto lib. 4. q. 5.* Nam in iure dubitatio, ignorantię comparatur, *C. de furt. & seru. corrupt. l. fi. §. sin autem nesciens, aut dubitans, & C. de condi. indeb. l. Pro dubitat. ff. de testa. l. de statu. & de acquir. hæredi. l. quod si dubitet, & l. cùm falsum.* Ideò vera est supradicta doctorum opinio quod dubitans præscribere possit, si dubitatio post cœptam pręscriptionẽ superueniat, vt infrà dicemus, sed vt clarius intelligatur quid sit dubietas, ne vnum pro alio sumatur, operæ pretium erit de ijs disserere. Sciendum igitur est quod in iure sunt plures termini in ista materia quorum extremi sunt bona fides, & mala fides.

Dubitatio an habeatur pro bona fide.

6 Bona fides est cogitatio rei proprię, & ignorantia alienæ: mala verò fides est scientia rei alienæ, vt *C. de de fur. l. apud antiquos insti. de vsucap. § furtiuæ vers. nam qui sciens. & ff. de verbo signifi. l. bonæ fidei.* itaque bona fides ignorantia est, mala vero scientia, inter hæc sunt gradus, quibus peruenitur de vno ad aliud, & quibus gradimur, & regredimur, ex ignorãtia enim venimus in dubietatẽ, ex dubietate in suspicionẽ, ex suspicione in opinionem, ex opinione in credulitatem, ex credulitate in scientiam. De ignorãtia habemus *titul. de iuris & facti* ignorantia. de dubitatione text. supra allegat, & de iureiurand. *l. admonendi*, vbi *Bart.* ponit istos quos diximus gradus, *numero 18. cum sequent. per l. 1. ff. de quæstioni. cum alijs per eum allegatis*, quem omnino videas. 7 Possent etiam adduci, quæ de scientia, & opinione in 5. *de legibus Plato* disserit. Ex his ergo colliges quod dubitatio maximè est proxima ignorantiæ, ex qua bona fides, & longè est à scientia, ex qua mala fides inducitur. Sed cùm habeamus leges quę de extremis loquuntur in pręscriptione, vt bona fide pręscribatur, mala verò impediatur pręscriptio. & de medijs gradibus non sit expressum, in dubitatione assumemus dispositionem, quę de ignorantia loquitur, & sic de bona fide cui magis appropinquat, & magis incalescit, vt dicitur de hermaphrodito, de statu hominum, *l. quæritur Hermaphrod. & ff. de acquirẽd. rerum domin. l. quicquid §. cum in partes, & ff. de aur. & argen. leg. l. si non sint §. fi.*

Quid sit bona fides.

8 Nam vbi non est aliqua media iuris dispositi, quę applicetur alicui medio, oporter quod medium assumat naturam illius extremi, cum quo habet maiorem conuenientiam, ita *Bal. in capitulo 1. in princ. colu. pe. de success. & idem Bal. C. quando non pet. part. in l. vnic 5. colu.* inquit, facilius inducitur, in quo minor digressio reperitur: quia in habentibus symbolum, facilior est transitus, vt in *ll. vulga. ff. de acceptilat. l. si accepto latum.* & hoc quando medium de se stare non potest. Si enim stare posset, nulli extremorum

tremorum applicatur, vt per *Bart: C. si aduers. trãs. in l. 1. in fi.* Denique cùm tot gradibus distet
dubius à mala fide, adeò quod sit proximus bonę fidei, huius, non illius naturã sortietur: plura congerit in simil. *Tiraquel. de retract. 1. parte. § 30 glo. 1. nu. 9. cum sequent. & precedent.* quo etiam
fiet, ut credulitas malæ fidei applicetur, cùm credens rem possidere alienam, licet id non
sciat, pręscribere non possit per supradicta, &
ita etiam suspitio bonę fidei, opinio vero malæ
applicatur.

Intellige tamen prædicta si opinio sit rei alienæ, si enim rei propiæ, tunc erunt gradus conuertendi, & ita intellige vltra omnes doctores
istam materiam, quod intelligendum est de dubietate superueniente: si enim quis dubitãs rem
alienam emerit, vix est vt excusari possit. vt *ff. de*
8 *reg. iur. l. qui cum alio Bart. nu. 9. l. naturaliter. ff. de vsucapi.* quis enim eum compulit ad sic contrahendum? hęc namque eo prosunt, vt bonam fidem constitutam non auferant, nec malæ fidei
applicetur, non tamen de se bonam fidem constituunt: fac. text. *in cap. dominus. text. de secũd. nupt.*
cum multis quæ ad illum tex. doctissimè ponit
Marti. Naua. in cap. si quis autem, de pœniten. dist. 7. nu. 81. cum plur. sequen. vsque ad nu. 119. quia dubius
potest & tenetur inquirere, vt apparet ex his quę
trad. *Ias. nu 16. in l. si per errorem. ff. de iurisd. omn. iud.*
Denique dubitatio malam fidem magis excludere, quàm bonam astruere videtur: quod est
notandum.

Et quòd diximus superuenientem dubietatem non impedire præscriptionem, verum est,
etiam si nunquam dubietas deponatur: si enim
deponeretur non esset dubium, cùm etiam si
superueniat mala fides, si postea ad bonam fidem redeat, currit præscriptio, computato etiã
9 priori bonæ fidei tempore, vt sentit *Innoc. c. fi. de præscript. & Bart. nu. 10. ff. de vsucapi. l. naturaliter.*
quod *gloss.* etiam sensit *in dicto. cap. fi.* & videtur
communis secundum *Claudium. in l. naturaliter. de vsucapi. 3. coln. versi. Feli. vero*, sed nõ video quomodo sit ista opinio communis. Nam *Hostien. &*
Contra Anto. & Feli. *Abb.* voluerunt contrarium, *Antonius* vero *& Felin. num. 8. in fi.* distinguunt, an superueniat ex
informatione erronea, vel nõ, distinctio autem
eorum nihil valet. Nam quærere ex qua causa
superuenit mala fides, & ex qua postea recessit,
nihil efficere potest, cùm siue ex iustis, siue iniustis causis mala fides superueniat, mala fides est, quæ si absit redit bona fides, vt *ff. de lib. caus. l. igitur. in §. potest.* & notat. *C. vbi caus. stat. l. 1.* in glo. maximè, quia cùm bona fides nihil aliud sit quàm error, vt supradiximus, necessario eius causa debet esse erronea. *Claudius* verò distinguit, aut vere fuit mala fides, aut dubitatio, quæ distinctio apertè destruit dictam opinionem, alij autẽ, vt ipse refert, distinguũt, aut
paruo, aut magno tempore durauit mala fides,
quę omnia sunt reijcienda, & tenenda omnino
est opinio *Innoc & Bart* indistinctè, quod præscriptio consolidetur, si mala fides desinat, &

Franc. Sarmientus.

bona fides superueniat, ratio est, quia licet interruptio naturalis extinguat præscriptionem
cœptam, adeò, vt de nouo incipere necesse sit,
sicut cùm amittitur possessio. *ff. de vsucapio. l. naturaliter.* tamen interruptio ciuilis non interrumpit ita fortiter, vt desinente illa interruptione,
non consolidetur. text. est in *l. 1. cùm ibi notatis, in glos. C. de long. temporis præscript.* vbi interrupta, pręscriptio ciuiliter per contestationem, consolidatur finita lite pro possessore, siue instantia perempta.

Et licet *Bartol. in dicta. l. naturaliter. in princ. in nu. 4.* dicat, interruptionem naturalem dici eam
quæ versatur circa substantialia vsucapionis, seu
præscriptionis: & ita etiam circa bonam fidem,
tamen errat, & est contra *dictam l. naturaliter*,
quia solum ea quę circa possessionẽ versatur interruptio, dicitur naturalis, quia possessio sola
iuris naturalis erit acquisitio, vt not. *ff. de acq. possess. in prin.* & probatur expressè *de acquir. rerũ domi. ff. in l. eaqua ciuiliter.* vbi acquisitio naturalis dicitur per apprehensionem, licet etiam cum ea titulus necessarius sit, vt *eodem titu. l. nunquam nuda.*

Sic in præscriptione licet titulus, & bona fide
requiratur cum possessione, tamen interruptio
naturalis de sola possessione prædicatur, alia
omnia iure ciuili & iure gentium requiruntur
hæc ex naturali iure sumitur, vt de *iusti & iure. l. ex hoc iure.* & ita teneo interrũpi præscriptionem
ciuiliter, defectu bonę fidei, naturaliter vero, tãtummodo possessione amissa, inter has autem
interruptiones maximè interest, si enim rei, quã
cœpi præscribere, & iam aliquibus annis possederam, possessionem amisi, postea recuperem,
de nouo incipienda est præscriptio: nec anni
primi erunt computandi, semel naturaliter pręscriptione interrupta, ex mente doctorum, vt
per *Balb. de præs. 3. part. 6. partis principa. in princi Doctores in c. illud. de præscript.* sed si præscriptio interrumpatur ciuiliter ex superueniente mala fide
postea bona fide redeunte, priora tempora cõputantur in præscriptione.

Nec obstat *dictum ca. fi. de præscript.* vbi requiritur quod nullo momento præscribens fuerit in 10
mala fide, quia verum est, quod si aliquo tem- *Intellectus c. fi de præscriptioni.*
pore fuit in mala fide illius necessarij, vel statuti
temporis, non præscribet: finge decem annis
possedisse, sed duobus mensibus mala fide, dico
non præscripsisse, quia quocunque tempore sit
in mala fide, nocet ad præscriptionem. Sed finge duobus mensibus vltra decem annos possedisse, verum est nullo tempore quo præscripsit
fuisse in mala fide, cùm decem annis cum possessione & titulo bonam fidem habuerit, & hæc
responsio est clarior ad illum textũ, & hoc credo sensisse *Feli. in dict. cap. fin. licet Claud. in dict. l. naturaliter.* dicat solutionem Felin. inferre violẽtiam literæ dict. cap. fin.

L CAP.

CAP. XI.

Qualis metus sufficiat, vt actus rescindi posit.

SVMMARIVM.

1 *Metus debet esse talis, qui cadit in constantem virum.*
2 *Quid de muliere.*
3 *Inferens metum est in dolo.*
4 *Dolus præponderat culpæ.*
5 *Opinio Hostiensis de hac re.*
6 *Quid in foroconscientiæ, an sufficiat leuior metus.*
7 *Actio quod metus causa est in rem scripta.*
8 *Quando datur contra inferentem metum, minor metus sufficit.*
9 *In matrimonio & voto, grauis metus requiritur.*
10 *Metus reuerentialis quando sufficiat in contractibus.*

1 *Metus appellatione quis comprehendatur.*

MEtum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed maioris mali.] inquit *Vlpianus in l. Metum. ff. quod metus caus. & in l. sequenti Caius* ait, Metum autem non vani hominis, sed qui meritò & in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicimus] Et *Celsus ff. de regul. iuris.* vani timoris (inquit) iusta excusatio nō est.] Et *Alexan. 3. in cap. cū dilectus. de his quæ vi metusue caus.* ibi, Non obstante violentia, quæ proponebatur illata, cùm neque metum mortis, nec cruciatum corporis contineret, & ideò non debuerat cadere in constantes viros] Et similia verba habentur in *l. interpositas. C. de transactio. & l. si voluntate. C. de rescindend. vendi. & in l. si per vim. C. de his, quæ vi metusve caus. fi. & in l. siquidem. C. de contrahen. stipulatio.* Et *Honorius tertius in cap. consultationi tuæ. ext. de sponsalib.* loquendo de mulieribus, quæ allegant se vi cōtraxisse matrimonium, inquit. Etsi talis metus inueniatur illatus, qui potuit cadere in constātem virum, erunt non immerito audiendæ.] Et *Alexan. 3. in cap. veniens. 2.* Et licet text. *in dict. cap. consultationi.* loquendo de muliere, requirat metum, qui cadat in constantem virum, tamen ea verba magis prouerbij loco pro eo metu, qui non vanus sit, sumuntur, quam vt verbis ipsis inhærendum sit, quia vt bene inquit glos. in *c. cum locum eo tit.* minor metus sufficit in muliere,

De intellectu c. consultatione de sponsal. & infra, nu. 3.

2 quàm in viro. Nam qualis metus sit qui sufficiat & non leuis censeatur, de quo dicti tex. loquantur, non potest certa regula tradi, sed iudicantis prudentiæ remittitur. Et ita *Vlpian. in l. Metus autem. ff. ex quib. caus. maio.* interpretando verba edicti, & responsum Calistrati de quo in l. præcedenti, inquit: Sed non sufficit quolibet terrore adductum timuisse, sed huius rei disquisitio iudicis est *glo. Cyn. & alij in dict. l. interpositas Io. And. & Domini. in c. vnic. de his, quæ vi metusve causa fiunt lib. 6.* Sed iudex moueri ad contractum rescindendum, nisi magnus sit metus illatus, & qui mortem vel corporis cruciatus intentet, per iura supra allegata non debet.

Quæ res licet nullus quē ego legerim, animaduertat ita simpliciter, & sine distinctione accepta, vt text. & doctores loquuntur, magnam videtur habere difficultatem, cùm absurdissimū videatur, omnes leges fortitudinis summo iure ab iniuriam passo exigere, illum verò, qui iniuriam intulit, impunitum, imò cum lucro impudentię suæ remanere: finge enim Titium ab honesto homine, & modesto pecuniam petere, & neganti, minas & opprobria adijcere, & nisi pecuniam det, se non discessurum, quiescētique obstrepere, ideo magis iactare pecuniam, quàm cum homine iniurio cōtendere, vel quàm ei malum per se vel suos inferre velle, vtrum iudex existimare debeat, vt impudens ille, & improbus pecuniam illam malè lucretur, vel pati, vt ita promissam exigat, quod metus ille non morti vel cruciatui corporis proximus fuerit: certè improbis hominibus non leges fauere solent, probos autem & modestos destituere. vt in l. si quis cum scire. versi. nisi forte. *ff. de vsucap. pro empto. & in l. 1. versic. cum inter. ff. ad Senat. consult. Macedo.* sed ne ex quadam æquitate non scripta, contra ius expressum nos agere videamur, hoc legibus, & rationibus euincendum est: posteaque opus erit dictis texribus respondere.

Primum igitur sic ostenditur. Si quis metui, qui non cadat in constantem virum, acquiescat, est in culpa: sed ille, qui ei metum talem infert, est in dolo, vt patet: ergo potior debet esse conditio passi prædictum metum, quàm inferētis, quia dolus præpōderat culpæ. vt in *l. Item si obstetrix. in §. fin ff. ad. l. Aquil.* vbi not. glos. quæ alias leges allegat, inferens enim metum in dolo est. vt in *l. si cum exceptione in §. cum qui. ff. quod met. caus.* Eum qui metum fecit] (inquit *Vlpianus*) 4
& de dolo teneri certum est & ita Pomponius scribit] *Idem Vlpian. in l. 2. in §. doli mali. ff. vi bono. rapt.* ibi, Nam qui vim facit, dolo malo facit.] Et in specie proposita apparet, quia cum quis data opera rem illicitā facit, is in dolo est, qui ei prodesse nō debet, nec simplicibus hominibus nocere, vt in *l. 1. in princip. ff. de dolo.* Rursus fingamus non leuem culpam istius esse, qui metui non maiori acquieuit, fingamus etiam eum malum hominem esse, quod *Aristoteles Ethic lib. 8.* inquit. Homo qui facilè huc & illud impellitur, malus est] licet sub Aristotelis sententia hic non posset comprehendi, tamen negari non potest, deteriorem longè esse eum, qui vim intulit, erit ergo potior cōditio illius, cui iniuria facta est, vt rem suam iniustè non amittat.

3 *In metu inferente est dolus.*

Pro ista parte induco text. in *l. 1. in §. dolum ff. de eo,* per quem fact. erit. vbi ita inquit *Vlpian.* Dolum autem malū sic accipimus, vt si quis veniēti ad iudicium aliquid pronunnauerit triste, propter quod is necesse habuerit ad iudicium nō venire, teneatur ex hoc edicto, quāuis quidā putent sibi eū imputare debere, qui credulus fuerit] Ecce text. in quo, qui leuiter aduersario suo mētiē credident, excusatur: quia licet fuerit in culpa, cū potius vocationi iudicis debuerit obtemperare,

De intellectu l. 1. in §. dolum ff. de eo. per quem fact. est.

temperare, quàm leuiter aduersario credere, tamen quia aduersarius est in dolo, culpa euanescit, nec attenditur. Sic in proposita specie nostra dicendum est, vt potius dolus inferentis metum, quàm culpa leuiter acquiescentis, debeat considerari, & potior is sit, qui minus in ea re deliquit.

5 Nec hæc opinio nostra destituitur authoritate, nam & hoc voluit Hostien. in cap. verum, extra de iure iurand. qui in odium compellentis vult metum, etiam qui non cadat in cōstantem virum, sufficere, dum tamen probabilis sit, ne doli sui commodum reportet, quod *ibidem* refert *Io. And.* simpliciter, nec eum expresſè approbat, nec reprobat. *Abb.* autem Hostiensem sequitur, & respondet ad leges, quæ requirunt atrocem metum, quod intelligantur, vt metus atrox requiratur, quoad edictum prætoris, sed tamen etiamsi non sit atrox, officio iudicis ei subueniatur, per *l. fina. ff. quod met. caus. gl. & Bar. in l. interpositas C. de transactio.*

Sed licet hæc opinio sit vera, vt infra ostendemus, tamen hæc responsio ad text. prædictos nihil valet, quia sicut edictum loquens de metu interpretationē recipit, & intelligitur de metu atroci, eadē ratione in alijs iuris partibus idē erit dicendum. Præterea omnes leges, & canones quæ effectum metus, & non edictum prætoris respiciunt, metum mortis, vel cruciatum corporis requirunt, vt supra est ostensum, ergo hæc solutio Abbatis nihil valet. Præterea *Bart.* quem *Abb.* allegat in *dict. l. interpositas.* non generaliter loquitur, sed vult quòd metus verecundiæ magnę sufficiat, vt si homo honestæ conditionis cogeretur in publicum nudus procedere, quia hic metus iustus est ex interpretatione *legis fina. in §. si fænerator. ff. quod met. causa* & licet *Bart.* velit id officio iudicis, non iure actionis rescindi, tamen verius est non de alio officio iudicis text. loqui, quàm de illo, qui actioni quod metus causa deseruit, de quo in *dicta l. metus ff. ex quib. caus. maior.* ibi. huius rei disquisitio iudicis est] ideò in ea specie actio quòd metus causa directa dabitur. Item quia metus honoris, vel pudoris, metui mortis comparatur vt *ff. quod me. caus. l. Isti quidem. insi.* ideò hæc exempla non haberent difficultatem, sed *Hostiens.* & opin. nostra loquitur de minori metu. Ideò ad dictas leges & canones, quæ contrarium dicunt, quęrenda est alia solutio, quia nihil valet hęc,

Contra Abbat. Panormita.

6 quam *Abbas* ponit. Nam & *R. D. Episcopus Segobien. qui in capitulo peccatum in 2. parte in §. 3. numero 7. allegand.* etiam *Adria. & Syluest.* sequitur opinionem Hostiens. non respondet ad text. qui contrarium probant, & vult quòd in foro conscientię quęsita per metum, etiam si non fuerit talis, qui in constantem virum cadere potest, sint restituenda. Sed certè non est facienda distinctio inter forum exterius iudiciale, & forum conscientię, alioquin de iniustitia dictos sacros canones argueremus. Ideò pro resolutione istius difficultatis, de natura, & effectu actionis quod metus causa videndum est.

Opin. Episcop. Segobien. quæ reprobatur.

7 Actionis autem quod metus causa, natura hæc est, vt ad quadruplum detur, & in rem scripta sit, quæ non solum contra vim, vel metum inferentem, sed contra quem liber rei possessorem datur. Nec cuiquā iniquū videatur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur, vt eleganter inquit *Vlpia. in l. si cum exceptione in §. in hac actione. ff. quod met. caus.* & quod actio, quod metus causa sit, in rē scripta probatur in §. *aliquando in eadem lege. & in §. Pedius & in l. metum. 3. in §. animaduertendum eod. titu. & in l. si vi, vel metu.* vbi gloss. notat. *C. eo titu.*

De natura actionis quod metus causa.

8 Sic igitur distinguendum est, si actio quod metus causa intenditur contra tertium possessorem, qui doli, vel fraudis particeps non fuit, æquissimum est, vt ea nō detur, nisi metus fuerit talis, qui in constantem virum cadere possit, quod enim metum passus contra inferentem allegare potuit, vt culpa sua maior sit dolus, id contra tertium cessat, cui integra manet exceptio, magis fatuitatem magnam, quàm metum, leuem esse imputandam, & in ista specie optimè dict. leges omnes procedunt, quæ ponentes naturam actionis quod metus causa in rem scriptæ, iustissimum, non leuem, vel mediocrem metum requirunt: secus autem contra inferentem metum, similem distinctionem in pręscriptione actionis quod metus causa, videmus, vt contra tertium possessorem solum decem annis duret, cùm solum 30. annorum spatio, vt aliæ actiones personales ex natura sua tollantur, vt in *dicta l. si vi. vel metu. vbi. Bart. & alij quos refert Tiraquel. tracta de vtroque retract. in pri. part in §. 1. in glo. 10. nu. 14.*

Noua distinctio.

Sed huic interpretationi obstare videntur tex. supra allegati de sponsalibus. in quibus metus, si non sit talis, qui cadat in constantem virum, non sufficit etiam contra metum inferentem: sed ad illos tex. non difficilis est responsio. Nam est considerandum, quod sunt quidam actus, in quibus partes habent liberam potestatem retractandi, quòd semel perfectum est, vt in omnibus contractibus contingit, qui eodem consensu, quo contrahuntur, & dissolui possūt, vt per *tot. C. quam lic. ab empti. disced.* sunt alij actus, in quibus partes postquàm perfecti sunt, nullam habent potestatem, qualis est contractus matrimonij, votum solemne castitatis, vel religionis: in his regula sit, quod metus non res- 9
cindit, nisi talis sit, qui in constantem virum cadere possit, nec considerandum est, agatur contra inferentem, vel nō, quia cum ex his ius Deo & Ecclesiæ quæratur, & negotium sit indiuiduum, iudicandum est vt in prima specie, quasi contra tertium ageretur, ita debent intelligi supradicti canones, & textus, qui de ingressu religionis loquitur, in *cap. cùm dilectus, & in cap. i. cùm ibi notatis de his, quæ vi metusve causa fiunt.* & pro hoc vltra istam rationem, quæ satis concludit,

De int ello. c. consultationi. & c. veniens. 2. de sponsal.

induco aliam subtilem & singularem, quia, vt suprà diximus, inferenti metum, dolus semper imputatur, etiam si talis, non sit metus, qui cadat in constantem virum, sed in materia matrimonij, vel voti, dolus, non vitiat, nec enim sicut matrimonium metu initum inutile est, ita si dolo fiat, vt notat *gl. in dict. c. cum dilectus de his, quæ vi metusve caus. & glos. in l. à. Diuo Pio. ff. de ritu nuptia.* trad. *R. Episcopus Segobien. in 4. decret 2. part. in cap. 3. in §. 7. nu. 3. Anto. de Burg. in cap. cum dilecti. num. 56. extrau. de emptio. & vendi.*

Ad supradictam distinctionem primo facit *glos. notab. in l. metum. 3. in §. Idem Pomponius in verbo, servi. ff. quod met. causa.* quæ constituit maximam differentiam inter inferentem metum, & tertium.

Secundo facit textus. notab. in *cap. constituit.* 20. *q.* 4. vbi probatur, quod si quis dolo inducatur ad ingrediendum religionem, quia monachi eum induxerunt ob bonorum cupiditatem, tenet professio, & tamē bonis priuari debent, & eius restitui hæredibus. Ecce quod præiudicium separatur contra dolosum, in his ob quæ dolus interpositus est, & vtilitas est sua, vt id reuocetur, non autem votum Deo emissum reuocatur, licet in vtroque idem dolus interuenerit.

Te metu reuerentia li.

10 Tertio facit quod optimè posuit *Ludo. Roma. in l. cum Dotem in §. eo autem tempore ff solut matrimo.* quod metus reuerentialis irritet contractum, quatenus respicit vtilitatem metum inferentis, in tertij verò præiudicium is metus non sufficiat, quod etiam *Barb. in cap. cans. matrimonij. de offic. de lega.* videtur tenere, quos refert *Xuarez noster Hispania. in allega.* 24. & videtur probari in *l. 1. in §. quæ oneranda. ff. quat. rerum actio non det inuct. l. si patre cogente. de rit. nuptia* & his quæ supra diximus numero præcedent. in princi. & intellige de metu reuerentiali, qui probatur in specie quo inuita filia non audens ex pudore contradicere patri, contraxit, non autem sufficit metus, seu pudor ille in genere, qui omnibus filijs inest, quia non semper ex eo sequitur, quod nollens contractum faciat, & ita respondetur ad omnia quæ maximæ turbant Barbari. Ex ista distinctione debet interpretari id quod *Episcopus Segobien. in dict. c. peccatum, supra allegatus* ponit, quando quis teneatur restituere in conscientia id, quod metu acquisitum est, nec debet fieri differentia inter forum conscientiæ, & iudiciale, quia nulla ratione probari hæc differentia potest. Illud autem obseruandum est, vt si dubitetur an metus sit talis, qui cadere possit in constantem virum, vel non, potius sit fauendum repetitioni, quàm aduenticio lucro. Vt in reg. iur. dicitur, multa alia non vulgaria circa metus materiam dixi. in libel. de redditibus Eccles. 1. part. in c. 4. nu. 6. cum sequent.

CAP. XII.

De muliere repetente dotem constante matrimonio ob mariti inopiam, vtrū possit ei satisfieri in pecunia numerata.

SVMMARIVM.

1 *Mulieri agenti ad bona mariti decocti, an possit offerri dos in pecunia.*

2 *Quid si lite pendente moriatur vir.*

3 *Quid si restituta dote maritus redeat ad pinguiorē fortunam, vtrum debet sibi dos restitui.*

MArito vergente ad inopiam, vxor pro dote conseruanda, iuxta, *l. vbi adhuc C. de iure dotis* contra possessores rerum mariti agit, possessor, qui fortè creditor sit, vel in quem res est alienata, offert vxori pecuniam, quam ipsa in dotem dederat, vxor vero nō pecuniam, sed res mariti in solutum petit, an sit excludenda: opinio fuit Cyni, quod mulier non teneatur recipere pecuniam, nec prædicta oblatione à possessoribus excludatur, ita *Cynus l. cum tibi. C. qui potior in pigno. hab.* vbi doctores, *Corneus consi. 85. num. 5. vol. 4. & Soci. consi. iij. vol. 3.* latè. *Negus de Pigno. i. membr. 5. partis princip. num. 31. Bart, nu. 88. l. si constante,* vbi plures doctores. *solu. matri Roland. à Valle cons. 9. nu. 38. cum sequent.* vbi di. hanc communem opinionem, & vide *Bald. nouell. in tractat. de dot 7. parte. priuil.* 47. Hæc tamē opinio semper mihi fuit falsa. 1

Contra Cynum.

Primò quia hæc restitutio præpropera dotis non debet esse plenior, quàm illa quæ fit soluto matrimonio, vt est textus in *dicta l. vbi adhuc.* vbi dicit textus. Ita eam posse easdem res vendicare, vel à creditoribus posterioribus, vel ab alijs, qui non potiora iura legibus habere noscuntur vt potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis, & ante nuptias donationis exactio ei competere poterat.] Sed dissoluto matrimonio, quis negabit datis mille mulieri satisfieri, si mille dedit in dotem: vt in *dict. l. cum tibi C. quæ potio. in pigno. habe,* ergo eodem modo in specie proposita nondum soluto matrimonio.

Item aut agit ad res datas â se ipsa rei vendicatione, quod in casu inopiæ facere potest, & non cadit tunc quæstio: aut hypothecaria, quia dedit pecuniam, & cessat hypothecaria, vbi soluitur id, quod principaliter debetur, vt *in l. si creditor & l. item liberatur in princ. & in § qui paratus,* qui paratus est]. *(inquit Vlpia.)* soluere, merito pignus videtur liberasse] *ff. quib. mod. pigno. vel hypotheca. solui. & Paulus in l. Paul. respondit. in § qui pignoris eo. titu.* qui pignoris iure rem persequuntur, à vendicatione rei eos remoueri solere. si qualiscumque possessor offerre vellet, neque enim debet quæri de iure possessoris, cū ius

petitoris

petitoris remoueatur soluto pignore] & *l. 1. C. qui potio. in pignor. habeant.* nam & in *l. prior. & l. diuersis.* decuctio mariti nec potest mutare obligationem, nec augere, & ita mihi placet opinio, quæ fuit *Alexan. dict. l. si constante.* pro qua opinione etiam facit text. notabilis in *l. quanuus in principio. ff. de solutio.* in qua *Vlpia.* inquit, Quamuis stipulanti vxori vir spoponderit ditempto matrimonio prædia, quę doti erant obligata, in solutum dare, tamen satis esse offerre dotis quantitatem] ecce quod etiam pręcedente pacto, vt in ipsis bonis immobilibus mariti fiat solutio dotis, tamen si soluatur pecunia, mulier non est in ipsis rebus potior, quod si ea conuentio non pręcedat, nullam videtur habere dubitationem, cùm non sit cautum, nec repetiatur in iure, vt fauore dotis, aliud pro alio exigi possit. Imo extra id, quod recipit in dotem vir potest vxori præiudicium facere alienando sua bona, vt est vulgare.

2 Est alius casus minus difficilis, quãdo lite pẽdente vir decedit, tunc res non habet difficultatem, quia dolo facit, dum petit, quod restitutura est oblata pecunia, vt voluit *Areti. l. si pluribus in §. placet. nu. 25. ff. de verbo. obligatio. senten. Saly. in dict. l. vbi adhuc.* Imo etiam si res essent traditæ, soluto matrimonio posset pecunia offerri, vt sentit *dicta lex vbi adhuc. in fin.* Et hæc est veritas: quia debet fieri plenaria restitutio, vt patet ibi, & facit text. in *l. vnic. C. ne pro dot. mul. bona mari. addi.* & quod dicit *Bar.* in terminis, *& Cuma. & Alber. in l. si post finitam. ff. de susp. tuto.* vide *Cepol. cautel 124. Capit. decis. 41.* & vid. *Bal. l. per hanc. nu. 12. vers. Sed dubitatur de tempo. appella. Et Ruin. consi. 12. num. 8. volu. 4.* & quæ ponit *Parisius consi. 82. nu. 51. vol. 3.* Nec enim ita dotibus fauendum est, vt pro dote res alienas ei dandas censeamus; dotibus enim & alijs pijs causis ita debitores sumus, vt alijs iniustitia nõ fiat, vt *cap. nuper. de donat. inter vi. & vxo & c. ex tenore. extra. de for. compe.* quòd maximè caueri debet, quia sæpe cuiusdam æquitatis colore peccatur: vt dicitur. *ff. de verbo. obliga. l. Si seruum. §. sequitur.* ideò cauendum est ab istis æquitatibus, quæ in legibus non reperiuntur scriptæ. vt notat *l. placuit. C. de iudi.*

De interpretatione l. vbi adhuc C. de iure dot.

Nec obstat supradictis quod text. in *dicta l. vbi adhuc. in princi.* videatur permittere vxori tenere res mariti, vt ex eis sustentetur, earum alienatione prohibita, quia id verum est, vbi pro cõcurrenti quantitate, nullo offerente dotem, res sibi dimittuntur: non quando dos sua restituitur in pecunia, & tũc etiam cauere debet iudex vt in bonis immobilibus cõuertatur ne pecunia quæ nullos habet fructus, consumatur: quod semper fieri debet, quando maritus non rectè administrat. Ad quod facit quæ tradit *Albert. col. 4. circa fi. in dicta. l. vbi adhuc.*

3 Item notandum est circa *dictam. l. vbi adhuc.* quod etiam vbi verè est vxor effecta domina, per rerum suarum, quas in dotem dedit restitutionem, postea marito effecto diuite, debet eas res restituere, & dotis administratio iterum marito permitti: quia licet dominium in vxorem sit perfectè translatum in ea specie, tamen id fuit ex defectu personæ mariti, quo cessante, debent sibi suæ res restitui, sicut furioso & prodigo, cessante vitio, suarum rerum administratio semel ablata, permitti debet, vt in *l. 1. ff. de curato. furio.* vbi *Vlpian.* loquendo de furioso & prodigo inquit, & tandiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit, quod si euenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorũ] & vide *Tiraquellum in tract. cessant. caus. in. 1. parte. nu. 119. cum sequẽt.* quia vbi aliquid fit ob causam non perpetuam, causa cessante, debet ad pristinum statum pro tempore futuro reduci. *ff. de excus. tuto. in l. si is qui tres & in l. in princip.* quia res iudicata nõ facit ius in his, quæ tempore mutantur. *ff. qui satisdare cog. in l. ab arbitrio. in fin.* tex. est in hac materia in *l. cura. §. deficientium. ff. de muner. & honorib.* text. *l. si rem meam. & l. sequenti ff de except. rei iudicat.* licet glossa voluerit contrarium in *dicta. l. vbi adhuc. & Bar. in l. si constante. in fi. ff. solut. matrim.* Sed non rectè, cum accidentaria & non naturalis sit hæc mulieris administratio, nam (vt *Cicero* inquit) *pro Murena 3.* Mulieres omnes propter infirmitatem consilij, maiores in tutorum potestate esse voluerunt] facit tex. *in l. si pater. C. de sponsali.* ibi: Cùm plerumque fœminæ aduersus cõmoda propria inueniatur laborare consiliũ,] Ideò si mariti mores perditi non fuerint, ei dos restituenda est omnino, vt rectè censet *Henric. in cap. per vestras circa finem. de dona. inter vir. & vxor.* facit tex. *ff. de iniur. in l. 2. & eodem tit. institut. in §. patitur.*

CAP. XIII.

De iudicijs possessorijs, & quod peccat is, qui nullum habens ius in petitorij iudicio, intentat remedia possessoria.

SVMMARIVM.

1 *Tria iudicia à doctoribus ex mala textuum interpretatione inducta sunt, reipublicæ valde perniciosa.*
2 *De remedio cap. reintegrandæ. 3. q. 1.*
3 *Vtrùm ibidem excludatur temporis longissimi præscriptio.*
4 *Reprobatur Pauli de Castro intellectus.*
5 *Vtrum quis sine peccato agere possit possessorio, si in petitorio non faueat ius.*
6 *Defectus notorius proprietatis excludit remedium possessorium.*
7 *Quid de remedio l. si quis in tantam. C. vnde vi.*
8 *Pœnam non potest exigere malæ fidei possessor, secundum conscientiam.*
9 *De remedio vti possidetis.*
10 *Dupliciter potest intendi hoc remedio.*
11 *Tempus litis contestatæ inspicitur.*
12 *Causa erroris doctorum in hac materia.*

Tria iudicia malè à doctoribus inuentæ, quæ lites pariũt innumeras

1 TRia sunt iudicia à Doctoribus nostris ex mala legum, & canonum interpretatione adinuenta, quę lites plures iniustissimas excitãt, non sine maximo reipublicæ detrimento. Primum iudicium est ex *l. diffamari. C. de ingenn. & manumiss.* de quo supra latissimè disseruimus. Secunda iudiciũ est interdicti Saluiani, quod apud doctores antiquos suis legitimis terminis contentus erat, apud recentiores autem latissimè vagatur, & malè extra suos terminos versatur, vt latè ostẽdimus in libello de reddi. Eccle. 3 parte. c. 2. nu. 16. cum pluribus sequentibus.

De cap. reintegranda. 3. q. 1. Vide latissime de eius intellectu Pedimon. 91. per totum.

2 Tertium vero iudicium est ex tex. *in cap. reintegranda, 3. q. pri.* Quod ita per doctores adeò perperam extenditur, vt secundum eorum interpretationes nihil possit esse securum; cùm nec bona fides, nec titulus, nec possessio etiam mille annorum, neque denique dominium ipsum, ab illo, qui semel possedit, vel cuius auctores possederunt tueri nos possit: cùm tamen textus nihil minus quàm hoc cogitauerit, qui solùm secundũ terminos notissimos, nihil noui inducens, statuit, vt eiecti vel spoliati Episcopi, nulla temporis conditione obstante, ad res Ecclesiæ, vel proprias restituantur: quod iure cõmuni statutum est, vt re affecta vitio reali furti, vel violentiæ: nulla præscriptione obstante, malæ fidei possessor teneatur restituere. latissimè de hac re disseruimus dicto libello de redditibus ecclesiasticis. 4. part. in cap 4 nu. 11. ideò hic non repetemus, sed solum aliqua, quæ ibi in prima editione omisimus, adiungemus. Denique vt ibi latè ostendimus, text. *in dicto. ca reintegranda.* solum loquitur in malæ fidei possessore rei affectæ vitio reali, quem nulla temporis meta deffendit. vt in. *cap si. extra de præscript.* etiamsi sit tanti temporis, vt hominum memoriam excedat, vt latè ponit *Franciscus Balb. in tract. præscriptio. in secunda part. 3. partis. 6. quæst. in nu. 20.* Si enim
3 esset bonę fidei possessor, etiam re vitio reali affecta, procederet saltem longissimi temporis quadragenaria pręscriptio, vt in *l. 1. in § ad hæc. C. de annal. exceptio.* & not. glos. in *l sicut in rem. in fi. C de præscriptio. 30 vel 40. annorum.* nec verba generalia text. quacunque conditione temporis] tollunt legitimam præscriptionem, si bona fides & cætera necessaria interueniant, vt in *l fin. C. de adi. Diui Adriani tollen.* maximè præscriptionem temporis longissimi, vt notat glos. in *cap. 1. in § præterea. de capitul. Corra. in vsi. feu.* cũ his quæ latissimè cumulat *Tiraquellus in tract. de vtroque retract. in 2. part. in § 1. in gl. 2. nu. 12 & de centenaria & immemorabili,* vid *nu. 23 & 24. & 25.* Nec enim verisimile est, vno verbo tex. illum voluisse subuertere omniũ præscriptionum materiã.

Intellectus Pauli de Cast. ad d. cap. qui reprobatur.

Ob istam rationem *Paul de castro consi. 105. in col fi. lib.* lib. 1. existimant in *dict. c. reintegranda.* pręscriptionem non impedire, qui alia etiam ratione vult euadere verba illius tex. vt non excludant legitimam præscriptionem, ex eo s. quia tex non dicit quacunque conditione temporis non obstante, sed quacunque conditione temporis, aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum, & per quascunque iustas causas Ecclesiæ, vel proprias, id est, suas substantias perdidisse noscuntur] Et ita illa verba quacunque conditione temporis] referuntur ad verbum perdidisse noscuntur] Et ob id doctissimus vir *Anto. Mass de Gallesio exercitatio. lib. 3. nu. 56.* sequens Paulum de Castro, discedit à communi interpretatione *dict. c. reintegranda.* quod etiã facit *Menoch in dict. suo singulari tract. de remed. recuper. possessio. 15. re. nume. 422* sed videamus verba ipsius Paul. de Cast. quæ hęc sunt, Tertio principaliter dubitatur, vtrum contra agentem ex illo canone possit obijci exceptio præscriptionis. dicunt quidam quòd non per illum text. dum dicit, quacunque conditione temporis &c] sed mirandum est de illis, & si dicere licet, non intelligunt illum tex. qui sic dicunt: non enim dicit tex. quacunque conditione temporis non obstante, teneatur restituere, vel quod debeat reintegrari possessio: tũc enim posset procedere, quod illi dicunt. Sed vult dicere litera, quod res deperditæ quacunque conditione tẽporis, putà per negligentiam, vel captiuitatem, vel alio modo &c. debeant integrari, illa enim verba. Quacunque conditione temporis, &c.] determinant verba, perdidisse noscuntur,] quæ ponuntur in fine, & sic nihil facit ad propositũ ille textus.

Sed hæc interpretatio Pauli de Castro licet sit vera, non tollit inductionem tex. quia etiam 4
isto modo intelligendo verba text. licet referãtur, vt vult *Paulus de Castro,* videntur, excludere præscriptionem. Nam si quacunque conditione temporis perdidisse noscantur, sunt restituẽdi, ergo siue ex conditione temporis breuis id contigerit, siue longioris, cùm dicat quacunque conditione temporis, &c. & ita siue negligentia fuerit parua, siue maxima, non repellitur ab agendo, ideò necessario debet intelligi text. quod pręscriptio nõ obstet, re affecta vitio reali. Et ita loquitur text. in fauorẽ bonæ fidei possessoris, cõtra malæ fidei possessorem & pręedonem, quamuis doctores malè interpretantur. Sed de hoc latissimè in dicto loco disseruimus, quia hoc Pauli de Castro diffugium non tollit difficultatem. & de isto remedio. *c. reintegranda.* latissimè scribit *Anton. Gabriel. lib. 5 commun. conclusi. conclusi. 5 tit. de restitu. spolia. & Menoch in suo copioso tract. de remed. recuperand. possessionibus remed. 15.*

Contra Paulum de Castro.

Vnum etiam animaduertendum superest, quod in his possessorijs remedijs, non est omittendum. scilicet quod in conscientia sunt valde periculosa, nam nullo modo potest quis sine periculo animæ possessorio remedio agere, etiam si in eo bonum foueat ius, nisi & in iudicio proprietaris res ad eum pertineat, & aliter agendo scienter, peccat mortaliter, & ad omnes expensas, damna, & interesse, parti victæ tenetur. Quod euidentissimè probatur, nam vbicunque sententia super proprietate, omnia iura possessorium

Notabilis sententia.

ſorium reſpicientia abſorbentur, *vt cap. cum dilectus extra de cauſ. poſſeſ. & proprieta.* ideò ſi de non iure agentis poſſeſſorio, conſtaret, per rem iudicatam in petitorio, vel per confeſſionem partis ipſius, excluderetur poſſeſſorio per dictum textum, & ſecundum veram, & indubitatam opinionem *Innoc. in c. conſtitutus de fil. preſbit. & Caſſ. ad deciſ. a. de reſtitu. ſpolia. nu.* 6. de quo per recentiores contra *Bart. 2. col. nu. 3. in l. naturaliter. in §. nihil commune. ff. de acquir. poſſeſſ.* vbi *Iaſ.* 8. *col. nume. 43. cum ſequent. Alexan. 7. colu. nu. 14. Rip. 6. col. num. 35. cum ſequent. & num. 70. & nu. 97. & 98. & 101* & latè. *Menoch. in tracta. de remed. recuperand. 1. rem nume. 233.*

6 Denique notorius defectus proprietatis excludit remedia ſpolij. ſed quoad ſeipſum, ſi quis certus ſit non habere ius in petitorio, idem eſt, ac ſi condemnatus eſſet: potentior enim eſt propria conſcientia, quàm ſententia, ſeu res iudicata, vt in *l. Iulianus verum debitorem, ff. de condictio. indebit.* & ibi doctores, & tex. in *c. inquiſitioni. extra de ſentent. excommunicatio. tex. in l. cum falſum. ff. de acquirend. heredi.* & eſt doctrina *Innoc.* in *c. quia plerique extra de immunita. Eccleſia. Deci. in c. quoniam contra falſam. nu. 39. de probatio.* facit glo. cõmuniter approbata, in *l. in cõtract. in princi. in verbo, nullo modo. C. de non n. pecu.* multa cumulat *Boer. deciſio.* 306. Sic etiam aduocati, & procuratores eadem obligatione tenebuntur, ſi intelligant ex negotij iuribus, vel ex facto, quod ſibi à parte proponitur, actorem nullum fouere ius in negocio petitorij, licet in poſſeſſorio ipſo manifeſta intentio actoris oſtendatur, & hoc manifeſtè apparet, nam ſi apud ſe rem habens reſtituere teneretur in conſcientia, quanto magis à petitione excluderetur, vt in *l. inuitus. in §. cui damus. & in l. condemnationem §. fi. ff. de reg. iur. & in l. dolo. ff. de dol. except.* & licet illas leges in petitorio, non in poſſeſſorio ſaltim recuperandæ intelligendas cenſeat *gl. & docto. in l. ſi quis conductionis. C. loco Bar. in l. fi. C. quo bon. & l. 1. C. quo legato. & in authen. item ſi poſſeſſor. C. qui potio. in pigno. habeat. & in l. ſi donaturus. in § fi. in prin.* vbi *Iaſ. nu. 8. ff. de condictio. ob. cauſ. idem Bar. in l. ſi ſocer. in §. Lucius. col. 1. ff. ſolu. matrimo.* tamen vt ex ſupradictis manifeſtè apparet, in foro conſcientiæ ſemper eſt vera dicta regula.

7 Verum tamen eſt, quod ſi eſſet bonæ fidei poſſeſſor, iuſtè agere poſſet remedio *legis. Si quis in tantam. C. vnde vi.* licet cõperiat ſe nullum ius in proprietate habuiſſe; quia eſt pœna illa, de qua tex. ille loquitur, & pœnæ exigi poſſunt cum bona conſcientia, vt alibi in hoc opere latè oſtendemus. Sed ego nunquam vidi pœnam illius legis practicari, nec intendi remedium illud imò vt refert *D. Epiſcopus Segobien. lib. 3. Varia. reſolut. c. 16. nu. 7.* rigor illius legis, & ſimilium communi totius Chriſtiani orbis vſu, & praxi, eſt antiquatus, ideò ceſſat iam quæſtio: an illius legis pœna habeat locum de iure canonico, vt notat *gloſſ. in cap. 1. de dol. & contuma. & Barba. in tract. de præſtan. Cardin. 3. qu. 1. partis. nu 32.* de quo tamen vide doctores in dicto cap. 1. aliqua ponit *Soci. in regulis ſuis in verbo. pœna, quæ eſt reg.* 292. & circa dicta in *l. ſi quis in tantam.* Plura cumulat *Ant. Gabri. li. 5. commu. concluſi. titul. de acquirend. vel amittend. poſſeſſ. concluſi.* 1. vbi latiſſimè & *Menoch. in dicto tractat. de remed. recuperand. poſſeſſion. remed. 9. per totum,* ſi alicubi ſeruaretur illa lex, procederent ſupradicta: vt cum bona conſcientia bonæ fidei poſſeſſor eius pœnam petere poſſit.

De interpretatione. l. ſi quis in tantam. C. unde vi.

Si verò eſſet malæ fidei poſſeſſor quando fuit ſpoliatus, credo quod non poſſit in conſciẽ- 8
tia agere remedio *dicta legis. ſi quis in tantam.* quia non reſtituendo rem alienam ipſe erat in dolo, & fuit etiam cauſa, vt ſpolium committeretur: nec me mouerit quod maior ſit culpa eius, qui incidit in *l. ſi quis in tantam,* quàm illius, qui mala fide poſsidebat, qua ne ex culpa ſua lucretur, vel potius dolo vtriuſque eſt ſimilis ratio, vt in *l. itaque fullo. ff. de furtis.* qui eſt tex. ſingularis: quod eſt notandum circa interpretationẽ *dict. l. ſi quis in tantam.*

Et hoc etiam in vniuerſum eſt obſeruandum, vt nunquam in foro conſcientiæ quis ad pœnam delicti agere poſſit pro re, quam ipſe mala fide poſſidebat, ad quod facit text. notabi. in *dict. l. itaque fullo. in princ. ff. de furt.* vbi *Vlpianus* inquit: Nemo de improbitate ſua conſequitur actionem, & ideo ſoli bonæ fidei poſſeſſori non etiam malę fidei, furti actio datur.] facit text. in argumentum. in *l. ſi vxor in §. iudex ff. de adulter. & in cap. cum Eccleſiaſtica. de exception. & in cap. intelleximus, extra de iudi.* qua enim ratione ex re quam quis cum peccato poſsidet, vtilitatem cõſequi poſsit, ego non video, facit tex. in *c. infames. in §. fi. & c. ſi quis ſine peccato. 3. q. 7. & cap. qui crimen. 6. q. 1.* nec poſſumus dicere idem eſſe in foro exteriori, quia in foro exteriori remedium. *l. ſi quis in tantam.* etiam furi, & malæ fidei poſſeſſori competit, vt ibidem notat *gloſ. mag. in 2. parte. in verſic. 4. quid ſi.* & in alijs etiam pœnis idem poteſt obſeruari, vt in *l. extat. quod met. cauſ. ff. & l. ſed & partus, in fin.* licet furti pœnam exigere tantum poſſit bonę fidei poſſeſſor, vt *dict. l. itaque fullo.*

Notandum etiam eſt circa remedia poſſeſſoria, quod doctores noſtri confingunt quod- 9
dam poſſeſſorium remedium quod ſummariſſimum appellant, diſtinctum & ſeparatum ab alijs poſſeſſorijs remedijs, etiam retinendę, in quo mandatum de manutenendo diſcerni ſolet, vt latè deducit *Paul. de Caſtro in conſi. 3. volu. 2. Soci. conſi. 146 nume. 17. lib. 1. & conſil. 47. num. 8. lib. 4. Cap. deciſio.* 72. & in Hiſpania interim appellari ſolet, vt optimè more ſuo declarat *R. D. Epiſcopus Segobien. in ſuis practic. quæſt. q. 17.* vbi multa ponit circa iſtud remedium, ideò ſolum ipſum referre ſufficiat, licet ſint multi qui de illo tractent. Sed conſiderandum eſt quod noſtri Doctores ex eorum propria opinione, nulla legis auctoritate confingunt hoc remedium, quia ſi leges & canones reſpiciamus, iſtud remedium non eſt aliud, quàm merum interdictum

De remedio vti poſsidetis, quod interim appellant.

vti possidetis, quod datur, vt quis in possessione defendatur, nec turbetur, donec causa principalis dominij finem accipiet: text. *in l. vnic. in fin. C. vti possidetis.* vbi text. in fi. vult propter litem, etiam proprietatis dari, & idem *Vlpian. in l. 1. in §. inter litigatores. ff. eodem titulo.*

10 Denique idem interdictum est siue propter litem proprietatis, siue propter ipsam solam possessionem proponatur, vt dictis legibus probatur, & in §. *retinendæ. & in §. quorum vis. versic. hodie* ibi. litis cōtestatæ.] *Institu. de interdict.* potest igitur interdictum vti posidetis dari, vbi de sola possessione contenditur, vt in principio de interdictis. vel vbi etiam de proprietate, vt dum finitur proprietatis causa quis in possessione manu teneatur, quod si etymologiam vocabuli confingere velimus, non contenti duabus, quas ponit *Iustinianus in §. sunt tamen. Institut. de interdict.* non ineptè interdictum hoc, vti posidetis, quasi interim dictum possumus appellare. Denique non differt remedium quod interim appellari dictum est, ab interdicto, vti posidetis, & licet doctores prædicti asignent aliquas differentias, quod hoc remedium officio iudicis expediatur ex æquitate. *l. æquissimum, ff. de vsufructu.* vel potius, quod omnia, quæ lite pendente contingunt ad iudicis officium pectant, vt in *l. ædiles. etiam in §. Item sciendum. ff. de ædil. edict.* quia postquam ad iudicem itum est, sub eius protectione videtur res de qua lis est, constituta, tamen id non tollit, quin hoc iudicis officium non sit, id, quod interdicto, vti posidetis deseruit, cùm non sit nouum, vt idem iudicis officium detur pro his, quæ ante litem, & pro his quæ lite iam cœpta proueniunt, vt est tex. nota. *in l. summa cum ratione. in §. si dolo tutoris. versi sine autem ff de pecul.* vbi inquit *Vlpian.* Siue autem post iudicium acceptum, siue ante dolo factum sit, continetur officio iudicis:] maximè cum habeamus text. in *dict. §. hodie.* qui expressè vult dari hoc interdictū pro possessione, quam quis tempore litis contestatæ retinebat: litis autem contestatæ tempus ideò inspicitur, quia etiam si posidens spolietur postea, ita vt videatur cessare interdictum vti posidetis, & esse necessarium recuperandæ possessionis iudicium: tamen & in ea specie hoc remedium retinendæ

11 sufficit. quia vt diximus initium litis inspicimus, vt dictum est.

Denique licet doctores ponant plures differentias inter interdictum vti possidetis, & istud remedium, vt per D. Episcopum vbi supra, tamen nulla est differentia, quia illud idem est, vt diximus. & quamuis ipse velit istud possessorium nec præiudicare proprietati, nec possessioni, & ita esse possessorium possessorij, tamen non dubium est hoc esse contra ius, quia ius nostrum non admittit istas multiplicationes superfluas, sicut nec seruitutem seruitutis, vt in *l. 1. ff. de serui. lega.* nec vtile vtilis dominij, vel actionis, vt latissimè ostendimus in libello de redditibus Ecclesiasticis 3. part. cap. 2. num 21. ex *Bartolo in l. 1. numero 10. ff. de actione & obligatione.*

Dupliciter potest interdi vti posidetis.

Contra doctores.

Sed hoc remedium introductum est à doctoribus, quia, vt aliàs diximus in interpretatiōe 12 *legis diffamari. C. de inge. & manumiss. supra lib. 1.* admisso vno inconuenienti, plura sequi necesse est. Nam cùm leges dicerent possessorij iudicium esse leuissimi momenti, & momentarium, quia parum duratura erat possessio illa, cum causa dominij cito esset finem acceptura, quæ possessionem absorbet, vt in *dicto cap. cū dilectus* ideò appellatur momentaria, in *l. momentariæ. C. vnde vi.* & ea ratione in eo iudicio possessionis non dabatur appellatio. vt *l. 1. C si de momenta. possess.* & quilibet in eo iudicio erat legitima personæ, tanquam de re leuis momenti, vt dicit text. *in. fi. C. qui legi. perso. hab. stand. in iudicio.* videntes doctores de iure canonico in possessorijs etiam appellari, & quod. *l. properandum. C. de iudi.* quæ terminum instantiæ præfixit, etiam non habeat locum de iure canonico, quo instantia perpetuò durat, & quod *Speculator in tit. de appellat. in §. breuiter. versi. Item in ista causa.* inquit, quòd pendebat quædam causa coram eo, quæ fuit cœpta ante ipsius natiuitatem cùm tunc esset sexaginta quatuor annorum, & nondum erat lis contestata, & cum viderent inquam nec causas petitorij, nec possessorij finiri, inuenerunt istud iudicium possessorium possessorij, in quo non appellaretur, quod saltem finiretur causa principali, vel possessorij, vel petitorij, durante: & hæc fuit causa huius inuentionis necessitate quadam, ne per tot annos, quibus vitio temporum, & cauillationibus litigantium esset duratura lis, in certo versaremur, quis interim esset possessor, vt intelligi posset quis actoris, quis rei vices sustinere deberet: vt in *l. exitus. ff. de acquir. possess. & l. inter litigantes. ff de iudi.* & ita si iuris nostri regulas attendamus, dictum remedium possessorium separatum à remedio vti possidetis, nullum habet fundamentum, si enim lites possessorij essent momentaneæ, quod causæ petitorij finis cito deberet eius vtilitatem absoluere, non esset opus adinuenire hæc emendicata remedia, ideò iustissimè sanctissi. Pontifices suis rescriptis hæc iudicia possessoria, sæpissimè extinguunt, vt de veritate principalis negotij, & proprietatis iure videatur, cùm hodie possessoria iudicia potius lites inuoluant, quàm diriamant, maximè cùm hodie sint valde corrupta, vt suprà ostendimus.

Quare doctores inuenerunt hoc remedium.

Vt debent esse etiam spolium respiciant, vt in d. l. momentaria.

CAP. XIIII.

De legis positiuæ potestate, & officio circa legem naturalem, & diuinam.

SVMMARIVM.

1. *Nihil aliud sunt leges positiuæ quam determinationes quædam legis diuinæ, & naturalis.*
2. *Circa omnia decalogi præcepta fiunt determinationes a iure positiuo, & nu. sequent.*

3 Circa

3 *Circa ceremonias, ius positiuum sanctissimas facit determinationes, & de sacris imaginibus.*
4 *De officio pictorum circa imagines.*
5 *Potestas legũ ex quarto decalogi præcepto descendit*
6 *Vtrùm valeat statutum filys adimens legitimam in totum, vel in partem.*
7 *Quid Plato de hac re censuerit.*
8 *An cautio vel defensio sit de iure naturæ.*
9 *Leges valde generales, atque generales rationes parum prosunt.*
10 *Sola fragilitas non concedit restitutionem in integrum.*

De potestate legis positiuæ, circa leges diuinas & naturales.

IN libello de redditibus Eccles. 4. part. c. 2. &
c. 5. ex diuo *Tho. 2. 2. q. 85. art. 1. & q. 87. art. 1. &*
q. 147. ar. 3. & quotl. 2. q 4. art. 8. & 22. q. 184. *a. 3. &*
art. 7. latissimè ostendim⁹, leges naturales, & di-
uinas generales per leges humanas, & positiuas
etiam consuetudines, & dispensationes, posse
determinari: quoad legem, scilicet iustitiæ: qua-
tenus enim ad charitatem pertinent, quæ om-
nium earum est finis, nulla lege humana fieri
1 potest determinatio, vt ibidem ostendimus: sed
solum quoad iustitiæ legem, quæ ferè in omni-
bus etiam versatur præceptis quatenus proxi-
mos, respiciunt: nihil enim aliud sunt positiuæ
leges quàm determinationes legis naturalis, &
diuinæ. Ideoque circa ius diuinum & natura-
le, leges humanæ determinationes proponunt,
2 vt in singulis præceptis decalogi videre facilè
est. Nam quoad latriam, quæ vni Deo iure diui-
no, & naturali debetur, sacerdotibus, & alijs Ec-
clesiæ ministris formam & modum orandi, &
gratias Deo agendi nocturnis, & diurnis tempo-
ribus ecclesia determinat, quin & laicis oratio-
nem dominicam, & fideiconfessionem, quæ in
symbolo continetur, & nonnullas alias preces
proponit.

Quo ad primum præceptum, V. de conci. forouliens. in symbol. pag. 263. 3. tomo, & in concil. Mogu. c. 45. & in Remens. c. 1. & 2. pag. 290. & 291.

Quinimo & sacrificium ipsum omnium ma-
ximum, in quo Hostia quæ in cruce pependit
offertur, à Domino nostro institutum, multis o-
rationibus & alijs ceremonijs adornatur, qui-
bus memoria nostra, sensus, & intellectus exci-
rentur. Item etiam alijs ecclesiæ signis, singulis
horis, & momentis admonemur, & ad inuocan-
dum laudandumque Deum omnium creato-
rem prouocamur vocibus, cantibus, & cymba-
lis per auditum: imaginibus & alijs pijs oculo-
rum, memorijs per visum, ad auxilium Dei &
3 sanctorum inuocandum, & cultum interiorem
& exteriorem, mente, verbis, factis, & adoratio-
ne exhibendum, expergiscimur: vt si rectè con-
siderare velimus, nihil prætermittit sancta ma-
ter Ecclesia, nulloque momento cessat nos ip-
sos conditionis nostræ, & officij admonere, vt
mentes nostras ad Deum dominum nostrum
erigamus, per anniuersarium circulum omnia
redemptionis nostræ mysteria repræsentans, &
ante oculos, & aures circunferens, salutem no-
stram anxiè desiderans. His & aliis ad hæc ap-
tissimis instrumẽtis, quotidie nos excitat, & hor-
tatur, quæ diabolus per hæreticos sua s. membra,
tollere & abolere satagit, nec sceleris hunc finẽ
putes; gradus enim est, vt iis adiumentis destitu-
ti, peccatis nostris depressi, perpetuo somno se-
pulti, Dei nostri obliuiscamur: nam si tot instru-
mentis, quibus per omnes sensus admonemur,
non satis, vt par est, Dei & domini nostri recor-
damur, si nobis hæc essent adempta, quales tan-
dẽ essemus? peiores certè Sodomis & Gomor-
rhæis. Hæc conatur Satanas, dum imagines, cã-
panas, & ceremonias, quibus ad pietatem & re-
ligionem Dei, & sanctorum memoriam laudes-
que accendimur & prouocamur, auferre curat,
vt spoliati illis omnibus, oculi nostri & aures ni-
hil boni audiant, nihil videant, quoad ineffabi-
lem gloriam, à qua ipse decidit, mentem erige-
re, totisque viribus, singulis horis & momentis
ad eandem aspirare non recordemur. Si enim
Plato in 2. de legibus sapientissimè existimat reipu- *Plato.*
blicæ salutem in eo esse constitutam, vt iuue-
nes bonis figuris, & bonis cantibus assuescant,
ideoque pictores, & poëtas maximè posse vel
ad virtutem, vel vitium eorundem animos fle-
ctere, quod & cauit *Aristot. Politic.* 6. *c.* 17. nonne
sancta mater Ecclesia Spiritu sancto ducta, di-
uinè ordinauit & cantus omnes, & reliqua alia
signa, quæ pietatem, amorem, reuerentiã sem-
per spirarent, ac docerent?

Hæreticorum machinatio.

Qua in re non parum cum reipub. damno, & 4
contra Tridentini sacri concilij Decreta pecca- *De pictorũ erroribus.*
re mihi pictores videntur, quinimo impiè age-
re, dum sanctorum & sanctarum imagines, vt
artis suæ peritiam imperitissimè ostentent: non
satis honestè depingunt, nulla pietatis habita
ratione, neque decoris, in quo seruando cuiusli-
bet artis potissima versatur pars. Non enim in
sanctorum vel sanctarum imaginibus, tam pul-
chritudinis & venustatis, vel corporis & partiũ
symmetriæ, quam sanctitatis & pietatis est ha-
benda ratio: veluti in depingenda Maria Mag-
dalena corporis macies, inediæ, & pœnitentiæ
signa, quam in brachijs, collo & pectore, crini-
bus & alijs elegãter essẽt potius exprimẽda; hæc
in Flora, & Laide, & Cleopatra, eadem lasciuia,
atque licentia qua pinguntur, exprimi possunt:
At in sanctis mulieribus non sine crimine &
impietate sacrilegij. Id licet apud deos tales, vt
inquit *Aristotel*, quibus lasciuia est lege permissa,
quod ironicè dictum interpretatur *Tiraq. in legi-
bus connubialibus leg. 16. in gloss. 1. num.* 34. Nam
Deum esse amorem turpiter vitio fauens finxit
libido, quoque liberior foret, titulum furori
numinis falso addidit,] in *Hippoly*, inquit *Seneca*,
& rursus. Vana ista demens animus asciuit sibi,
Venerisque munera finxit, atque arcus Dei.]
Hæc poetarum vocibus fusa (inquit *Cicero*] ip-
sa suauitate nocuerunt, qui & ira inflãmatos, & "
libidine furẽtes induxerunt deos, feceruntque "
vt eorum bella; pugnas, prælia, vulnera videre- "
mus, odia præterea, dissidia, discordias, ortus "
interitus, querelas, lamentationes, effusas in "
omni intemperantia libidines, adulteria, vincu- "
la; cum humano genere concubitus, mortales- "
que ex immortali procreatos. Sed Epicurei vi- "
ctimas vni deorum maximo ventri offerunt,

deos

deos ignorant cæteros. *Euripides in Cyclop.* Sed veteres alios in fœminis, quàm in deis exigebant mores.

Lib. 4. Decadis primæ. Posthumia vestalis virgo propter cultum amoeniorem, vt *Liuius* refert, venit in suspicionem ideò coli sanctè potius quam scitè iussa est. Minutia etiam propter mundiorem iusto cultum, *Liui lib. 8 primæ decadis.* libidinis fuit suspecta, viuaque defossa: quod Ethnici in suis virginibus non tolerabant, & in nostris mulieribus peius adulterio censet *Cypria.* *Vid. Abb. c. 1 ne clerici vel monachi* quem refert *August. de doct. christ. li. 4. in 21.* quem vide *in cap fucare de cos. dist.* 5. vbi inquit in sanctarum venerandis imaginibus, quarum imitatio proponitur, & exemplum exhibetur, & vita & mores representantur, tolerabimus? Sancti nostri, & Sanctæ, si aliqui egestate nudi incedebãt, non nuditate lasciuiã, sed maciem, & squalorẽ inuiti, quæ occultare non poterant, ostẽdebãt & ita *D. Bern. in Apologia* hæc reprehẽdens, inquit, Ostẽditur pulcherrima forma Sancti, vel Sãctæ alicuius, & eo creditur sanctior, quo coloratior, currunt homines ad osculandum, inuitantur ad donandum, & magis mirantur pulchra, quàm venerantur sacra] & infrà Quid putas in his omnibus quæritur, pœnitentium conpunctio, an intuentium admiratio?] Præcipiendũ denique esset pictoribus, vt Sanctos & Sanctas potius sanctè, quam scitè & venustè pingerent, aliter picturæ factæ cum earum authoribus essent exterminandæ. Similes enim hi pictores sunt poëtis illis, quos à republica sua eiicit Plato, quoniam & hos etiam exterminat, inquit enim diuinè *in 3. de republica.* Nũquid poëtis solis insistendum cogendumque vt imaginem boni moris in suis poëmatis exprimant, vel apud nos non scribant? An præterea curandum ne artifices alij mali mores simulachrum aliquod non bene castigatum opus illiberale, deforme, & indecens faciant: vel si quis hoc præstare non potest, ne quid apud nos agat prohibendus est, ne in prauitatis imaginibus enutriti, tanquam noxio in gramine, & multa quotidie paulatim à multis decerpẽtes, pascentesque, vnum aliquod maximum malum ignari in animo contrahant? Quamobrem illi inquirendi sunt artifices, qui naturali quadam industria possint tanquam per vestigia exprimere pulchri ipsius decorique naturam, vt tanquam in loco salubri habitantes iuniores vndique adiuuentur. Quandoquidem à pulchris honestisque operibus siue ad oculos, siue ad aures eorum honesti aliquid peruenit, velut suauis aura quædam à locis salubribus afferens sanitatem, quæ quidem statim afflare à primis annis incipiens, sensim animos hominum in similitudinem, amicitiam, & con- *3. De republic.* cordiã, honestè orationi rationique conciliat.] Hæc Plato aliquibus eius verbis (quæ ad rẽ nõ pertinent) omissis Mihi sanè antiquæ sanctorum imagines, quibus non tam humani corporis, & eius partium symmetria obseruatur, quàm pietas ostẽditur, omnibus peritissimorum pictorũ recentiorum figuris præferendæ videntur. Nam & si artis peritiam respicias, & illi minus errarunt, cùm finem artis magis in exprimendis sanctorum moribus sint assecuti: ineptus enim est pictor, qui nulla ex parte similia effingit ad ea, quæ imitari conatur, vt probat. 2. *de republica idem Plato. & in 4* inquit: Nõ oportere adeò nos pulchros oculos pingere, vt ne oculi quidem esse videantur, sic neque cætera membra, sed considerare debere; si singulis decorem suum attribuentes, totum pulchrũ reddamus.] Quis scit si Petrus, & Paulus, & alij sancti, vitium aliquod habuerunt in corpore, quòd expressum in imagine, sicut nec in corpore, aliquid nõ adimit sanctitatis. Nam si quis iustos homines, etiã si corpore deformes sint, secundùm ipsum iustitiæ habitum pulcherrimos asserat, nemo sit iudicium illius reprobaturus.] In 9. *de legib.* inquit *idem Plato*: quod si pietatem respicias, neoterici aliqui pictores nihil minus quam eam in sanctis exprimũt, aut affingunt, & quod in Polycreto apud Fabium reprehenditur, dum ita inquit; diligentia, ac decor in Polycreto supra » cæteros, cui quanquam à plerisque tribuitur » palma, tamen ne nihil detrahatur, deesse põdus » putant: nam vt humanæ formæ decorem addi- » derit supra verum, ita non expleuisse deorum » authoritatem videtur, quin ætatem quoque » grauiorem dicitur refugisse, nihil ausus vltra le- » ues genas. In nostris pictoribus quis id non reprehendat, qui nihil ferè vltra venustatem, vel potius lasciuiam meditantur? certe Phidiam desideramus, de quo *idem Fabius*, Phidias tam dijs, quàm hominibus efficiendis melior arti- » fex traditur, vel si nihil nisi Mineruam Athenis, » aut Olympium in Elide Iouem fecisset, cuius » pulchritudo adiecisse aliquid etiam receptæ re- » ligioni videtur, adeò maiestas operis Deum » æquauit. In hac re laudandus maximè est Raphael Vrbinas, alij autem quibus etiam palma vulgo conceditur, non satis possunt reprehendi.

Hæc de sanctorum imaginibus dicta sint, quibus ad pietatem accendimur. & de his, quæ sacras ceremonias respiciunt, quæ ad determinationem primi præcepti pertinere videntur, ad quod etiam pertinet temporis definitio, quo laici confiteri, & communicare, & quo sacrificio missæ assistere debent, & quæ personæ ad sacramenta percipienda aptæ sint, quæue ineptæ. Sic & ieiunii necessitas quoad personas, tempus, & cibos, aptissimè constituitur. Sic oblationes, & primitias, quæ illis, qui spiritualia seminant, & ministris Ecclesiæ sunt debita, Ecclesia decernit, atque declarat, dum decimas fructuum, aut maiorem vel minorem portionem, prout conuenientius est, statuit, vt varijs consuetudinibus distinctum videmus.

Sic & in votis Deo nũcupatis distinguit Ec- *Quod secundũ præceptum.* clesia, dum hæc solemnia, illa simplicia, alio, & alio modo statuit. Item quando liceat iurare, quando verò non liceat: quando vanum dicatur iuramentum, quando verò necessarium, vt in iuramento calumniæ, & in testimonio ferendo, &

do, & alijs speciebus: dum etiam in votis religionis & castitatis, quæ impediant matrimonium & quæ non impediant, determinat.

Quo ad tertiũ præceptum.

In festorum sanctificatione etiam tempus, & modum constituit, quid operis in his diebus effici, vel non effici possit.

Quo ad quartum præceptum.

Honorem, qui parentibus debetur, & eorum alimenta statuit, exheredationem filiorum iniquorum, & punitionem certis casibus permittit, & vice versa educationem eorum præcipit, & eis hæreditates, & bona concedit, vt infra specialiter disseremus. Dum insuper vult ne sine venia in ius vocentur, item quando, & in quibus, superioribus alijs obedientia exhiberi debeat. Hinc 5 legum origo, & Ciuilis disciplinæ potestas, vt parentibus liberi, vt prudentioribus insipientes, nobilioribus ignobiles, vt senioribus iuniores, vt potentioribus imbecilliores, dominis serui obediant, & obtemperent, vt *Plato in tertio de legibus* latè deducit. Hinc regnorum, & potentiæ omnis, & secularis imperij fundamentum, natura enim ipsa, vt *Seneca* inquit, commenta est regem, hinc etiam delictorum animaduersio, pœnarum vis & ratio, quod & quinti præcepti, & reliquorum est apertissima determinatio. Sic etiam & matrimonij vinculum iure positiuo determinatur quoad personas, & gradus? Sunt & alia huius generis multa, ex quibus maximè legis positiuæ potestas innotescit, de qua etiam aliqua diximus supra libro 1. capitulo 8. num. 15. 16. & 17.

Senec. de Clement. li. 1 cap. 19.

Quinti præcepti, & aliorum determinatio.

Ex supradictis multæ quæstiones, quæ à doctoribus nostris malè explicantur, clarissimam determinationem recipiunt.

6 Nam sæpissime disputant, an legitima filij possit adimi per legem, vel statutum: Alij quasi iure naturali debitam, in totum non posse, alij alijs modis statuũt, vt per *Bar. in l. Titio centum §. Titio genero ff. de conditio. & demonstratio.* latè *Decius in l. Iura sanguinis ff. de regul. iur.* vbi refert plures doctores. Mihi verò melius loqui videtur *Lancellot Politus in l. filium. quem habentem. C. famil. herciscund. num.* 157. qui inquit, quod orandum est ne statutum tale fiat: Nam de validitate statuti, priusquàm fiat, cogitandum est, & disputãdum. Facit text. *in cap. erit autem lex. in §. ideo autem 4. distinctio*, vbi *Isidor.* tractans quales leges esse debeant, inquit: Ideò autem in ipsa constitutione ista consideranda sunt, quia cùm leges institutæ fuerint, non erit liberum iudicare de ipsis, sed oportebit iudicare secundùm ipsas.] Et ita videmus in regno Aragonum ex antiquissimo vsu, patribus liberum esse filios suos exhæredes facere, etiam nulla causa ostensa, vel probata, quod manifestè ostendit, id posse lege positiua effici, alioqui non esset verisimile, quod ita longo tempore inter Catholicos homines fuisset obseruatum.

Diuus Basilius valde reprehẽdit parentes, qui inter filios non seruãt æqualitatem in Exam ho. mi. 7. par. 89. in fine.

Hæc autem si ex ipsis rerum principijs, & origine deducantur, nullam prorsus habent difficultatem, ius enim naturæ, quo parentes filijs sunt obnoxij, ad educationem, & alimenta tantum pertinet, vt in *l. 1. in fin. ff. de Iustit. & iur. & in princi. instit. de iure natural. genti. & ciuil.* quæ educatio, & alimenta lege positiua possunt determinari, & præscribi in ipsis filijs alimentis, quæ natura ipsa præcisè necessaria sunt, sine quibus filius educari, & viuere non possit, nec aliunde quàm à patre possit subueniri, & ita declarationes, quæ circa istam parentum obligationem sunt constitutæ, vt hæreditas paterna, vel quarta pars, vel quinta pro legitima filijs, & filiabus dos concedatur, variationẽ & in partem, & in totũ, vt legislatori videbitur, recipiunt, dũmodo alimenta quæ educationem respiciunt, & quæ natura ipsa necessaria sunt, relinquantur: quod *Abba. Panormita.* sensit in *cap. Raynucius extra de testa. colu.* 6 Itaque necessitas relinquendi bona filijs, non specialiter iure naturæ est inducta, & ideò, & in totum, vel in partem tolli possunt: vel si lex id expedire iudicauerit, vt filij magis in officiu contineantur, quod patri hęc concedatur potestas, sicut & Plato decreuit vt qui liberos habet, & testamentum conscri- 7 bit, primo hæredem de filijs vnũ, quem dignum putauerit constituat] vel ex alijs causis, quæ legitimo legislatori succurrerint. Hæc enim obligatio paterna excepta educatione, generalis est & indefinita: Ideo legis positiuæ determinatio erit admittenda, officium enim paternum natura ipsa magis circa educationem & disciplinã filiorum, quam circa eorum diuitias versatur. Liberis ergo, vt inquit diuinè *Plato*, non auri, sed pudoris multũ oportet relinquere] nimirum si lex circa bona liberam parenti relinquat facultatem, vt ea filijs arbitrio suo pater possit adimere. Sic etiam videmus circa decimarum solutionẽ, quod lex vel consuetudo legem diuinã determinat, in totum etiam vbi existimat aliũde quàm ex decimis posse clericos sustentari, & ita ex permissione Ecclesiæ saltẽ tacita, in multis partibus Italiæ decimæ, nec in totum, nec in partem soluũtur, id tamen fit sine peccato, licet iure diuino sustentatio sacerdotibus, & alijs sacrorum ministris debeatur, vt docet *sanctus Tho. vbi suprà*, & in dicto nostro libello latiùs deduximus.

Legitima filij quo iure sit inducta. Licet lex positiua tolli potest, non tamen princeps patri auferre ... vel illi sine causa legitima ex his quæ diximus supra lib. præced. cap. 8. nu. 15. vide Tiraq. de primog. q. 4. & q. 22. Vide eandẽ Abba. in c. licet. nu. 6. de vot.

4. De legi.

5. De legi.

De decimis quatenus sint de iure diuino.

Hinc etiam clarè deciditur illa doctorũ nostrorũ quæstio de citatione, an sit de iure naturali, vel diuino, quam satis ridiculé nonnulli deducunt, ab illa vocatione quam Deus fecit antequã Adamum eijceret à paradiso. Denique vt id, quòd in hac re obseruandum est breuiter explicemus, hoc natura ipsa docemur, vt non iudicemus nisi re cognita, & intellecta. Nam inauditam partem condemnare, vel in re nõ cognita iudicare, natura ipsa vitiosum est, vt in *cap. 1. de caus. & propri. cap. nos in quenquam 2 q. 6. l. in-* 8 *auditum filium ff. ad l. Corne. de sicar. ex interpretatione Budei*, quia vt inquit *Seneca in Medea*: Qui statuit aliquid, parte inaudita altera, æquum licet statuerit, haud æquus fuit] & apud Lucianum μήτε δίκην δικάσῃς, πρὶν ἀμφοῖν μῦθον ἀκούσῃς. & ita, quod vulgo dicitur, defectum citationis esse insana-

De citatione quo iure sit introducta.

Seneca.

insanabilem, quia sit contra ius naturale, verum non est. Nam vt quis citetur ad istum factũ vel illum, positiui iuris est. Natura enim hoc inducitur, vt sine causę cognitione non iudicetur, sufficit ergo vt rationi naturali satisfiat, si negotium ita geratur, vt eius possit sufficiens pro rei conditione haberi cognitio, quod autem hæc, vel illa citatio sit omissa, positiui iuris determinationem, non iuris naturę legem violat. Et hoc est quod text. in *Clementina, pastoralis de re iudicata* voluit, vt defensio quæ naturali iure est cõcessa, nullo modo adimi posset, non tamen dicit quod hæc, vel illa citatio de iure naturali sit, & vid. *Coruar. in practi. qu. cap. 23. nu. 6.* & quæ trad. *Deci. in c. 2. n. 13. extra de probatio.* & hac ratione in singulis ferè prouincijs diuersus stylus obseruatur, in Hispania post conclusionem causę nõ citantur amplius partes, nec ad sententiam, cum facta conclusione nihil aliud supersit, quam iudicare, & ita potest ferri sententia quandocunque: sed tẽpus appellandi non currit donec sententia partibus intimetur, per intimationẽ enim loco citationis omnia ferè expediuntur. Nec supradictis obstat tex. in *dicto cap. 1. extr. de caus. possess. & proprieta.* vbi Põtifex inquit. Nec nos contra inauditã partẽ aliquid possumus diffinire, & text. in *cap. nos in quemquam 2. quæst. 1.* ex quibus videtur quod citatio de iure naturali sit, cùm eam, nec Pontifex prætermittere possit, quia hæc consequentia nõ est bona, cùm nec ea, quę iuris positiui sunt sine causa auferre possit, vt latiùs ostendimus sup. lib. proxi. in cap. 8. quod etiam ex dictis capitibus deducitur, quia si posset inuitis ius adimere, posset & ignorantibus citatione omissa, vt *in l. qui potest inuit. ff. de reg. iur.*

8 Ex his intelliges maximam vim esse legis positiuæ seu consuetudinis, ideoque obligare posse ad peccatum non est dubium, non solum canonicam, sed & ciuilem, licet Cancellarius Parisiensis in hac re fuerit hallucinatus, imò apertissimè erret, & postea impudentissimi hęretici, qui potestatem legis satagũt labefactare, vt potest videri ex his, quę latissimè *F. Alfonsus de Castro de potesta. leg. pœnal. li. 1. c. 4. & Dominic. de Soto. de Iusti. & iure lib. 1. q. 6. art. 4. & Driedo. de varijs dogmat. pag. 579. doct. in c. 1. de constitut.* cùm, vt diximus, hęc legis positiuæ potestas, & naturæ ipsius necessitate sit inducta, & iure diuino approbata. Nam iuris naturæ præcepta, quæ vaga sũt, & generalia, vt certis regulis & limitibus concludantur, est omnino necessarium, alioquin si nuda hæc & simplicia præcepta, vt benefacienti benefaciamus, ne alterum lædamus, & quod nobis nolimus, alteri ne faciamus, absque vlla regula, & determinatione relinquerẽtur in singulis speciebus quomodo possent obseruari.

9 Ex supradictis etiam intelliges leges, quas diximus generales, à lege naturæ inductas, vt benefacientibus benefaciamus, quod tibi non vis fieri alteri ne feceris, & similes, quæ ãte corruptam naturã ad bene beateque viuendũ sufficiebant, post lapsum primi parentis, nisi per legem diuinã & positiuã certis definitionibus determinarentur, & ad species adaptarentur, non sufficere: eademque ratione legum specialium generales rationes parum posse; licet enim prosint ad legem constituendam, ad extendendã tamen nihil valent. Nam si ratione fraudis in testamentis, vel codicillis, per legem plures testes requirantur, vel insinuatio in donatione, nõ sequitur in omnibus alijs actibus, quibus similis fraus timeri potest: idem dicendum fore illius legis virtute, etiamsi hæc ratio in ea lege sit expressa, licet enim æquum esset, vt vbi eadem ratio viget, eadem lex constituatur, donec tamen id fiat, ratio generalis legis vltra speciem in lege comprehensam nullas vires habebit.

Idem erit si lex in aliqua specie ex antidorali obligatione actionem producat, quòd benefacienti sit benefaciendum non enim ex hoc infertur ab omni antidorali obligatione, per illius legis rationem induci actionem. Faciunt multa, quæ contra doctores ponit eleganter *Ari. Pinell. in repetitio l. in tertia parte. in nu. 6. cum multis sequentibus. C. de bon. maternis.*

10 Item quod ob fragilitatem mulierem lex iuuet in Velleiano, non ideò ex hoc restitutio in integrum ei, vt minori est concedenda: sed requiritur simul vt rei administratio soleat concedi alij, vt in minori, prodigo, & mente capto, & sic in alijs mille similibus: quod optimè explicat *Corne. consi. 121. in nu. 9. lib. 3.* Et ita rationes legũ generales, quæ varijs possunt applicari materijs ad argumentandum ex eis, nullum pondus habere possunt. Quod est notandum ad ea, quæ diximus suprà libro præcedenti cap. 12. & bene declarat *Corneus vbi supra*, & ita intelligi debet *regula iuris in l. in toto ff. de regu. iur.* vbi *Paulus iurisconsultus* inquit. Illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.] Ex quo est reprob. opin. *Abb. in cap. cùm in Insulis de regulari nume. 3.* & vide quæ dicimus infrà libro sequent. in capit. 12. in fin.

Finis secundi libri.

SELECTARVM INTERPRETATIONVM LIBER TERTIVS.

SERIES CAPITVM LIBRI TERTII.

CAP. I.

De intellectu, l. statu liberi à cæteris in §. Quintus Mutius ff. de statu liber.

SVMMARIVM.

1 *Responsum Pompony videtur ænigma quoddam.*
2 *Reprobatur Alciati intellectus.*
3 *Ponitur verus sensus istius legis.*
4 *Cōditio statu libero imposita, efficitur ambulatoria.*
5 *Ex libello Vlpiani interpretari possunt plures leges.*
6 *Quomodo reciso testamento hic debeatur libertas.*

Pomponius Quintus Mutius scribit, pater familias testamento scripserat, Si Andronicus seruus meus hæredi meo decē dederit, liber esto. Deinde de his bonis cœperat controuersia esse. Qui se lege hæredem aiebat esse, is eam hæreditatē ad se pertinere dicebat. Alter, qui hæreditatem possidebat, aiebat testamento se hæredem esse. Secundùm eum sententia dicta erat, qui ex testamento aiebat se hæredem esse. Deinde Andronicus quærebat, si ipsi hæredi scripto decem dedisset, quoniam secundùm eum sententia dicta est, futurus ne esset liber. An nihil videatur sententia qua vicit, ad eam rem valere. Qua propter si decem hæredi scripto dedisset, & res contra possessoré

indicata esset, illum in seruitute fore. Labeo hoc quod Quintus Mutius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato hæres fuit is, qui vicit. Nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus hæres ex testamento , nihilominus eum paruisse conditioni ei dando, & liberum fore, sed verissimum est, quod & Aristo Celio scripsit, posse dari pecuniam hæredi ab intestato, secundũ quem, sententia dicta est. Quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complecti videtur, nec interesse quo genere quisque dominus fieret. Et ideò hunc quoque ea lege continen, secundùm quẽ sententia dicta est, & liberum futurũ eum qui ei dedisse pecuniam, hunc autem, idest possessorem hæreditatis, cui data esset summa, si victus esset hęreditatis petitione, eum cæteris eã quoque pecuniam victori restituere debere.

Quæstio quæ disputatur in isto. §. Quintus.

Pro huius text. intellectu considerandũ est, quòd hic disputatur quædam quæstio, quæ talis est. Quidam in testamento Andronico seruo suo libertatem reliquit sub ea conditione, si hęredi decem dederit, dubitatum est apud Quintum Mutium, si de hæreditate agatur inter scriptum hæredem, & successorem ab intestato, cui danda illa decem sint. Et *Quintus Mutius* existimauit victori, secundùm quem sententia dicta est, danda. *Labeo* autem in ea fuit sententia, vt Quinti Mutij opinio vera sit, si iusta fuerit sententia; si enim iniusta fuisset, non hæredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, dãda, sed hæredi iniustè victo. *Aristo* autem existimabat Quinti Mutij sententiam veram esse, siue iusta, siue iniusta sententia fuerit, vt victori pecunia danda sit, quod Pomponius author istius legis verissimũ putat, ea ratione, quoniam lex xij. tabul. emptionis verbo, omnem alienationem complecti videtur. Ecce text. in quo Põponius videtur respondere ænigma quoddam, quid enim ad quæstionem propositam, quod emptionis verbum. &c. aut quid verba contractus ad successionem faciunt (verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi ius, dicit text. *in l. verba gesserunt ff. de verbo. signifi.*

Intellect. Alcia. qui reprobatur

Pro huius difficilis text. explicatione consitandum est, quod aliqui, *vt Alciat. lib. 3. Parerg. c. 23.* existimant solennitatem antiquam, quæ lege xij. tabularum obseruabatur, scilicet venditionis imaginariæ, quæ per æs & libram fiebat, ad illorum verborum intellectum pertinere, quia solennitate hac omnes fermè actus explicabantur, per æs enim & libram conficiebantur testamẽta, & per imaginariam venditionem vt *in princip. instit. de testament.* Item etiam emancipatio, vel adoptio, per imaginariam quandam venditionem celebrabatur, vt in *l. fi. C. de adoptio.* & *ibidem* not. *& in l. fi.* vbi est expressum *C. de emãcipa. lib.* Ideò õnia fere ad venditionẽ quandã referebãtur, & ob id in l. 12. tab. vẽditionis verbo omnes contractus, & actus complecti videntur quia omnia per venditionẽ quandã imaginariã fiebãt, ideò illa verba, si hæredi decem dederit de quocunque siue legitimo, siue scripto hærede intelligi debere existimabant, quia hæres idem est, qui & emptor familię, & hoc voluerit Pomponius in illius responsi ratione, sed hic intellectus Alciati licet speciosus videatur, leuis tamen, & falsus est.

Primo quia in *isto* §. *Quintus.* fingitur species in qua sententia lata fuit pro successore ab intestato, licet in principio textus ponatur casus, vt vicerit hæres scriptus in testamento; sed in successionibus ab intestato vsus æris, & libræ, vel imaginarię venditionis, non interueniebat: ergo prædicta ratio magis faceret contra successorẽ ab intestato. 2

Item illa solennitas fuit abdicata, ita vt dicendum non sit Pomponium argumentum sumere ab ea, ad quæstionem decidendam, cum eo tempore ea solennitas non obseruaretur. Itẽ esto quod obseruaretur ea solennitas, illud argumentum ad quæstionem propositam parum valeret, quid enim facit quod testamenta per venditionem quandã fiant, vt iusto, vel iniusto victori danda pecunia sit, vt Andronicus ad libertatem perueniat? Ideò nos his omissis verũ intellectum assignemus, quod non erit difficilè si Acurs. rectè obseruemus.

Ad quod notandum est, quod lege antiqua. 12. tabularum cautum erat, vt si seruus ea lege sit manumissus, si decem hæredi dederit, si ab eodem hærede venumdetur, emptori pecuniam dare debeat seruus, vt ad libertatem perueniat, & ita inquit *Vlpianus in l. si statu libera serua pæna, §. statu liber. ff. de statu lib.* vbi inquit in hæc verba, statu liber parendo conditioni in persona emptoris, perueniet ad libertatem, scilicet in conditione dandi, secus in alijs conditionibus, vt in *eadem l in § si quis non dare.* Hoc præsupposito quæstio est in *isto. § Quintus Mutius*, quid si non emptione acquiratur seruus, sed sententia, quia hæreditas adiudicatur, & in consequẽtiam hæreditarius seruus, cum hac conditione, si hæredi decem dederit, liber esse iussus, sententia inquam iusta, vel iniusta, an domino ex sententia, licet iniustè, effecto, dando pecunia sit? Et respondet *Pomponius* eleganter, ei pecuniam dandam, secundum quem sentẽtia dicta est.] Quoniam lex duodecim tabularum, quæ de emptore loquitur. & de eo intelligitur, qui quocũque modo dominus effectus sit, quia emptionis verbo omnis alienatio comprehenditur. Ergo nihil interest per emptionẽ, vel per sententiam iustam, vel iniustam seruus alienetur, & hoc expressè dicit textus. Neque interesse quo genere quisque dominus fieret, &c. Et hũc intellectum sensit glossa hic, quæ leges interpretatur semper verissimè. 3

Verus intellect. huius legis.

Acursius verissimè leges interpretatur.

Iste intellectus colligitur ex *eodem Vlpiano in dicta l. statu libera. in versi. non solum.* vbi inquit: Nõ solum autem si euenerit hęc conditio, ad eum transit, qui emit, verùm etiam ad omnes, qui quoquomodo iure dominiũ in statu libero nacti sunt, siue igitur legatus sit tibi ab hærede statu liber,

tu liber, siue adiudicatus, siue vsu captus à te, siue traditus, vel aliquo iure tuus factus est, sine dubio dicemus iure parere cõditioni in persona tua posse,] Ecce textum, qui etiam loquitur in sententia in illis verbis, adiudicatus &c. in quo ponitur hic intellectus, qui etiam colligitur ex *Modestino iurisconsulto, in l. si. is cui ff. de statu. lib* vbi inquit. Si is, cui dare iussus est, redemerit statu liberum, cumque rursus alij vendiderit, nouissimo emptori dabit, iam enim cum ad eũ cui dare iussus est dominium quoque serui peruenerit, si eum alienet, conditionem quoque ab eo ad emptorem trãsire Iuliano placet.] Quod etiam colligitur ex *Papiniano in l. seruus si haeredi. eodem tit.* ibi: Transit in omnem successoré ad quem peruenerit statu liber per dominij translati continuationem.] Et *ibidem* eleganter vult *Papinia.* quòd conditio, si hæredi dederit, effici-
4 tur ambulatoria cũ dominio. inquit enim: Quæ causa fecit ambulatorium, vt ita dixerim, conditionem,] quod etiam voluit *Vlpianus in l. 4. §. fina. sub conditione de fideicommiss. libert.* ibi: Et magis est, vt ei dari debeat, cui bona adicta sunt, quasi conditio translata videatur.] Quod etiam non obscurè sensit *Paul. Iurisconsult. in l. qui heredi. ff. de conditio. & demonstrat.* ibi: Certè statu liber quin domino dare debeat non est dubium. Ex quibus legibus apparet verus intellectus *istius* §. *Quintus Mutius.* quare emptoris verbo, dominus sententia, etiam iniusta effectus, comprehendatur, facit textus in *l. Nepoti. ff. de fund. instruct.* & text. notabilis in *l. 3. in* §. *Item quari potest ff. de reb. eorum.* qui loquitur de sententia iniusta, quæ etiã contra minorem lata, inducit alienationem. Ita enim inquit *Vlpian.* Si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciatum, tutoresque restituerunt, nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.] Facit text. *in l. 3. in fi. supra de Publicia. in rem actio. & l. Pomponius in* §. *si iussu iudicis infra de acquirend. possess. & vtrobique gloss.*

De authoritate rei iudicatæ.

Quia res iudicata habetur pro veritate, vt in *l. res iudicata ff. de regu. iur.* alioquin nunquã esset litium finis, ideò inquit *Martianus in l. seruo inuito in* §. *cum prato. ff ad Senat consul. Trebellia.* Cùm prætor cognita causa per errorem, vel etiam ambitiose iubet, hęreditaté vt ex fideicommisso restitui, etiam publicè interest restitui, propter rerum iudicatarũ authoritatem] quo etiam in prędictis alijs legibus probatur: ex quo apparet, quod vulgo dicitur, ex eisdẽ actis de iniquitate rei iudicatæ posse cognosci, nulla ratione posse defendi, quia si rei iudicatæ nõ prodest authoritas, parum abetit, quin in infinitum procedatur, cùm non deficiet aliquando quia priorem rem iudicatam quam posteriorem quę eam correxit, meliorem existimet, & ex eisdẽ actis vltimam reuocandam, & res sine exitu futura est, propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. vt inquit *Vlpianus in l. item si vnus in* §. *principaliter ff. de arbitris.* Neque enim vtique melius pronũtiat inquit *Vlpianus* qui nouissimam sententiam laturus est] *in l. 1. in principio. ff. de appellat.* Ideò necessarium est rei à legitimo iudice iudicatæ conseruare authoritatem, & rem iudicatã pro veritate habere, & faciliùs ex nouiter deductis audiri quis deberet: quod in Romana Curia sæpe fit ex eo, quia instruméta causarum à longinquo sunt adducenda. & propter varios casus, sine partis culpa non possunt tempestiuè peruenire, quæ cessant, quando ex eisdé est iudicandum: Sed si ad vnguem ius commune obseruetur, non deficit remedium, cùm restitutio in integrum ex iusta causa concedatur. Verũ est quod in auditorijs supremis, in quibus nõ vnus iudex solus, sed plures iudicant, iustissimè admissum est, vt inferiorũ iudicum res iudicatas examinẽt, & ita seruat Rota, quæ de aliorum iudicum rebus iudicatis semper cognoscit, neque aliter earum habent rationem quando causa in Rota est introducta.

Sed vt ad interpretationẽ legis nostrę redeamus, quoad leges duodecim tabularum attinet nihil interest dominus quis efficiatur vel per venditioné, vel per rem iudicatam: nam qui rem iudicatam habet pro emptore habetur.

Quod si quis adhuc requirat verba legis duodecim tabularum, quia in ll. quas allegauimus *Vlpian. Paul. Modesti, & Papini.* non fit mentio legis duodecim tabul. sicut neque adhuc constat lege duodecim tabularũ id fuisse constitutum, videat Vulpianum in quodã libello, qui eius no- 5
mine circũfertur, qui inscribitur, ex *Vlpiani corpore Titul. 28. qui in tit. 2. de statu liberis,* in hæc verba inquit. Statu liber, seu alienetur ab hærede, siue suscipiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit.] & §. *sequenti,* sub hac conditione liber esse iussus, si decem millia hæredi dederit, & si ab hærede abalienatus sit emptori dando pecuniam, ad libertatem perveniet, idque lex duodecim tabularum iubet.] Ecce quod *Vlpianus* refert, l. duodecim tabularũ, ex cuius ratione argumentum quæstionis propositę *Pomponius* euincit, quod verissimũ sit, quod & Aristo Celso scripsit, posse dari pecuniam hæredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniã lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem cõplecti videtur: nec interesse quo genere quis dominus fieret. Et ideò hunc quoque ea lege contineri, secundũ quem sententia dicta est, & liberum futurũ eum, qui dedisset pecuniã.] Et quod, l. duodecim tabularum hoc etiam caueretur probatur *in l. statu liberos 2. eod. tit. de statu lib.* vbi inquit *Modestinus*: Venumdari posse leges duodecim tabularum putauerunt.] Facit tex. *in l. ita liber. in* §. *si partes. ff. eod. tit.* vbi *Pomponius* inquit, si partes suas quisque hæredum diuersis ementibus vendiderit, quas portiones hæredibus dare statu liber debuit, easdẽ dabit emptoribus. Et prędictum intellectum sensit *Accurs. in isto eodem* §. *referendo Hug.* licet ita non explicarit.

Intellect. l. qui hæred.

Et licet videatur omnibus supradictis obstare text. *dict. leg. quæ hæredi ff de conditionib. & demonstrationibus.*

ff. de condi- tione & de monstrat. strationib'. Qui hæredi dare iussus est (inquit *Paulus*) seruo alieno instituto non domino dare debet.] Interpretamur enim hoc verbũ si hæredi dederit, id est si scripto hęredi dederit, vt in *l. qui liberis in §. hac verba ff. de vulga. & pupilla.* seruus autẽ nõ dominus scriptus est hæres, sic in isto textu videtor hæredi scripto, non autẽ nõ scripto, qui vicit pecuniam dandam. Sed idem ipse texrus *in dicta lege. Qui hæredi* ponit responsionẽ huic difcultati in dicto versiculo, certe, vt id in statu libero veiũ nõ fit, quod, vt supra ostensum est, in eo per legem duodecim tabularum fit effecta ambulatoria conditio, cuius rationem *ibidẽ Bart.* ponit per text. *in l. seruus si hæredi ff. de statu lib. supra allegata*, quia ea conditio dãdi statu libero adiecta, dominij causa videtur imposita. Duæ sunt enim causę inquit *Vlpian.*) per quas in hæredis primi persona conditio impleiur. Dominij ratio, itemque demonstratio personæ prior causa trãsit in onem successorem, ad quem peruenit statu liber, per dominij translati continuationem, sequens, personæ duntaxat eius, qui demõstratus est adhæret Et vtrumq; probatur in *l. qui alienam in §. 1. ff. de euictio.* vbi inquit *Caius*, Si hæres statu liberum, qui sub cõditione pecunię dandę liber esse iussus est, vendiderit, & maiorẽ pecuniam in conditione esse dixerit, quã dare iussus est seruus, ex empto tenetur. Si modo talis est coodition, vt ad emptorẽ transiret, id est si hæredi dare iussus est seruus. Nã si alij dare iussus est, quamuis veram pecuniæ quantitatẽ dixerit, tamen si nõ admonuerit alij dare iussum, euictionis nomine tenebitur.] Quinimò non solũ transit cũ dominio serui implementũ cõditionis, verum & ipsa sola conditio transferri potest, vt in eius persona impleatur, cui dominus dari cõstituerit vt *in l. mortuo hærede in §. hæres ff. de statu lib.* vbi *Aphrica*, ponit rationem, quia hæredi videtur soluere, qui voluntate eius alij soluit.] Et istum intellectũ quẽ supra posuimus, & Acursio acceptũ fecimus, & multis annis iam elapsis Salmanticæ legendo defendimus, licet, non ita explicet sensit *Iacob. Cuiac.* vir eruditissimus *lib. 2. obseruatio cap. 7.* vbi etiam notat aliquos errores circa literam huius legis, vid. per eum.

6 Sed vt ista lex quę singularis est penitus intelligatur, restat quædam non leuis difficultas, quã hic etiam sensit *Acursius*, quo pacto recto testamento lata sentẽtia secundũ hæredem ab intestato libertaris legatum, non rescindatur: in quo *Alber.* post Iacob fatetur libertatem non deberi: melius Acursius fingit aliquas species, in quibus illa dispositio saluetur. Sed clarius vltra doctores intelligi potest, vt non ibidẽ agatur de testamento, in quo libertas relicta est, sed de testamento, & successione emptoris statu liberi, & ita eriã agebatur de dominio serui, in primo testamento manumissi, neq; ex hoc poterat libertatis legatum in controuersiam vocari, quia super testamẽto in quo libertas erat relicta nulla erat cõtrouersia, & iste intellectus, qui singularis est, probatur in *dict. l. si statu lib. in §. nõ solum*, ibi. Sed & in hærede emptoris idem dicetur,] quod ibidem sensit *glossa allegãdo istum §. Quintus*, nec hic intellectus diuinat, neq; illi, qui ponuntur in glossa, quia cum ibidẽ non tractetur principaliter vtrũ libertas valeat, sed de conditionis implemento, & ita præsupponatur libertatem valuisse, fingere species in quibus id contingere possit, non est diuinare, sicut in legibus, in quib' fit mẽtio de testamento, nõ est diuinare præsupponere illud testamentũ septem testes habuisse & alia iuris solemnia. vt *l. sciendũ. ff. de verbo. obliga.* facit text. in *cap. 1. de ata. & qualit. lib. 6.*

Singularis interpretatio.

Vltimo norãdus est iste textus, quod nihil interest sententia iusta, vel iniusta fuerit, vt dominiũ ex ea transferatur, imò certius est iniustam sententiam transferre dominiũ, iustam verò nõ transferre, cũ res mea amplius mea fieri nõ possit; *vt ff. de verb. oblig. l. nemo rem suã cum multis alijs*, cumulans in libello nostro de redditibus Ecclesiast. part. 3. in c. 2. sed cum pro veritate rę iudicata habeatur, vt dicitur in regula iuris, & per sententiam nõ debeat ius constitui, sed constitutum declarari, vt in *l sicuti in §. sed si quæratur. ff. si seru. vendice.* nihil inter vtrãq; speciem intereit, nisi eo casu, quo pro veritate nõ habeatur, & eã in dubium reuocare liceat, vt cũ inter alios agitur, tunc enim quæstio vtilis erit. de qua larè per *Benedict. de Plombi. in isto.* §. *Quintus Mutius*, quæ omnia maximẽ conferunt ad intellectum eorũ, quæ notant doctores in *l. qui Romæ in §. duo fratres de verbo obliga. Cuma. in l. sed si pecunia in. §. pignori. ff. de reb. creditis. num. 3.* in foro tamen conscientiæ veritas est præferenda sententię, vt diximus, supra in libro præcedenti in cap. 13. & vide etiam quæ diximus in cap. 10. num. 2. 3. & 4. & melius in cap. 13. num. 5.

CAP. II.

De intellect. l. fin. C. de iure emphyteutico, & an emphyteuta possit donare: & de regula. §. Quintus Mutius. de qua in cap. præcedenti.

SVMMARIVM.

1 *Vtrùm Emphyteuta possit donare, sunt quinque opiniones doctorum.*
2 *Lex quæ facit mentionem de pretio, non potest trahi ad donationem.*
3 *Fun. ius emphyteuticus, & censualis, idem erat.*
4 *In Emphyteusi, & censu non constituebatur obligatio personalis, sed ius re, ideò poterat libere alienari.*
5 *Intellect. l. 1. C. de iure emphyteu. quid sit habere propriam diffinitionem, & conceptionem.*
6 *Ex dictis, l. 1. oritur conditio ex lege.*
7 *Obligatio non potest mutari inuito creditore.*
8 *Intellectus l. finalis contra Augustinum Beroium.*
9 *Inconuenientia, quæ sequuntur ex communi intellectu l. fin.*
10 *Regula debet esse generalior limitatione.*
11 *Quare magis permittatur venditio, quam cæteri cõtractus.*
12 *Res emphyteutica potest domino hypothecari.*
13 *Venditionis verbo, an cæteri contractus comprehendantur.*

14 Quan-

14 *Quando lex habet rationem dominij appellatione venditionis venit omnis contractus, per quem dominium transfertur.*
15 *Intellectus l. si domus in § fi. de lega. 1.*
16 *Intellectus l. 1. C. de fund. patrimoniali.*
17 *Intellect. § Adeo insti. de locato & conduct.*
18 *In §. Adeò non ponitur natura legalis Emphiteusis.*
19 *Non semper dominus rem alienare potest.*
20 *Quando quis teneatur pati quod sibi non nocet, & alteri prodest.*
21 *Vtrùm emphyteuta consocio possit vendere partem suam, irrequisito domino.*
22 *Intellectus cap. Imperialem. §. prætere n.*
23 *In pignoris constitutione requiritur eadem denunciatio, quæ in venditione.*
24 *An emphyteuta possit sub emphyteutam efficere.*
25 *Emphyteusis non potest sine dominio consistere, vel quasi dominio. vide infra.*
26 *Seruitus seruientis non potest constitui.*
27 *Datur quasi dominium directum & vtile.*
28 *Dominium acquisitum præscriptione non recognoscit aliud dominium.*
29 *Fidei commissarius vniuersalis, rerum particularium est dominus directus.*
30 *Obligatio personalis, non realis, est multiplicabilis.*
31 *Locatio ad longũ tempus transfert vtile dominiũ.*
32 *Intellectus l. 3. ff. si ager vectigal.*
33 *Aliquo casu locatio ad modicum tempus transfert dominium.*
34 *Reprobatur intellectus Pinelli ad l. Proculus. ff. de vsufruct.*

IN cap: præcedenti explicauimus text. *l. statu liberi à cæteris. in §. Quintus ff. de statu lib.* quo modo regula illius legis, quod venditionis verbo omnis alienatio comptæhendatur, ad propositam ibi quæstionẽ decidendam applicetur. Nũc de ipsa regula generali videamus. Vtrùm lex, quæ in venditionis contractu loquitur, ad omnes alias alienationes sit trahẽda. Pro huius rei intellectu, vt explicemus necesse est tex. in *fin. C. de iure emphyteu.* in quo textu disponitur, quod emphyteuta possit requisito domino, secundũ formam quæ ibi ponitur, rem emphyteuticam vendere: doctores tam ibi, quã in *cap. potuit. extra de locato.* post glos. quærunt, an sicut venditio ibidem emphyteutæ permittitur, ita donatio ei permittatur? in qua quæstione possumus considerare quinque opiniones. 1

1. Opinio commun. Prima est cõmunis opinio quod emphyteuta liberè possit ius emphyteuticum donare, etiam non facta aliqua denunciatione domino directi dominij.

2. Opinio. Secunda est opinio, vt hoc solũ possit facere emphyteuta fisci, non autẽ emphyteuta priuati.

3. Opinio. Tertia est opinio, vt possit emphyteuta donare facta domino denunciatione, vt intelligat emphyteutam mutari.

4. Opinio. Quarta, quod ita demũ possit emphyteuta donare, si domino denũcietur, vt rẽ pro iusto pretio si velit accipiat, & eam nolẽte, possit donari.

5. Opinio. Quinta fuit opinio, vt ita donare emphyteuta possit, si saluo iure dominij donet.

Noua opinio. Vltima est opinio nostra his opposita, quod nullo modo donare possit emphiteuta.

Pro opinione communi, quod emphyteuta possit donare libere, etiam domino non requisito, primo inducitur text. *in verbo vendere, in ista l. fi. C. de iure emphyteuti, & in c. potuit. extra de locato in eodem verbo vẽdere,* vbi permittitur emphyteutę vendere rẽ emphyteuticam. Venditionis autem verbum generale est, & omnem alienationẽ cõpræhendit, vt in *dicta l. statu liberi à cæteris in §. Quintus Mutius. ff. de statu liber,* vbi *Põpo.* inquit hęc verba. Quoniam lex Duodecim tabularũ emptionis vero omnem alienationem complecti videtur.] Et ita textus in d. *l. fi. C. de iure emphyteuti.* in ea parte, in qua venditionem permittit, etiam de donatione intelligitur: in ea autem parte, in qua denunciationem requisit, vt dominus possit rem pro eodem pretio retrahere, in donatione non intelligatur, quia ad ipsam denunciatio illa adaptari non potest. Ideò quoad illam cessabit legis dispositio, vt *l. 4. in §. toties. ff de damno infecto.* ridicula enim esset in donatione hæc denũciatio, quid enim offerat dominus, cùm nullum pretiũ interuenerit? arg. tex. *in l. ad res donatas. ff. de adil. edict.* vbi probatur hæc opinio. Nam qua ratione illa verba dilitij edicti. Qui mancipia vendunt, non adaptantur ad res donatas, eadem verba legis finalis, quæ de venditione loquuntur, & oblatione domino facienda, vt in re vendita dato eodem pretio præfetatur, ad 2
res donatas trahi non possunt, facit glo. in *l cùm dotem in verbo quis enim C. de iure. dot. & in l. Illicitas, in glos. 1. ff. de offi. præsid. & in l. fi. de prædijs decur. l. 10. glo. in l. fi. ex pretio. C. si cert.* peta. tradit *Ias. in* l. 1. *nu. 23. de iure emphyt Hippo. singu.* 105. late *Tiraquel. tracta. de vtroque retractu. 1. parte in §. 1. in gloss 2.*

Secundo pro ista parte inducitur text. notab. *in l. si domus § fi. de legat. 1.* vbi emphyteuta potest rem emphyteuticam legare, legatum autẽ donatio est, vt in *l. legatum ff. de leg. 1. & in §. legatum instit. de legatis.*

Tertio inducitur etiam textus in *l. prima. C. de fund. patrimo. lib. 11.* vbi inquit text. *Si* quis fundos emphyteutici iuris salua lege fisci, citca iudicis authoritatẽ donauerit, donationes saluæ sunt.]

Quarto facit text. *l. fin. de prædijs decurio. lib. 11.* vbi etiam prohibito alienatione aut vẽditione, non videtur prohibita donatio.

Quinto facit text. in §. *adeo institut. de locato.* vbi expresse permittitur donatio rei emphyteuticæ.

Sexto facit text. in *l. prima ff. si ager vectigal. vel emphyteu. petatur.* vbi etiam expressæ permittitur donatio.

Septimo pro hae parte potest induci ratio, quia emphyteuta habet dominiũ vtile, sicut dominus habet directum, dominij autẽ natura est vt alienari possit, vt *l. in re mandata C. mandat.*

Octauo pro hae parte facit text. in *dict. l. fi:* vbi ideò permittitur emphyteutæ vendirio, vt commodũ ex meliorationibus possit recipere, sed donando quis maximũ cõmodum recipit, vt est text. in *l. Si pignore ff. de furt.* vbi probatur. quod est species lucri largiri & beneficij debitorem sibi acquitere, & fortius hoc probatur

ibidem, si coniũgatur ille textus cum diffinitione furti, accedit quod implendo quis volũtatẽ suam, maximũ commodũ consequi videtur, vt in *l. fi. de vsu, & habita*. facit textus in *l. quia poterat. ff. de Trebellia*. Ergo ex ratione illius text. in *dict. l. fi.* permittetur etiam donatio.

Nono pro hac parte facit, quia quod sibi nõ nocet, & alteri prodest, quis tenetur facere: vt in *l. 2 § item Varus de aqua pluuiali arcenda & l. 2. ff solut. matri. & nota in princ. instit. de lege Fusia Caninia tollenda*. Ergo dominus tenetur pati, vt mutetur emphyteusis in alium emphyteutam, qui æquè idoneus sit, cùm ex hac mutatione nullum ei damnum inferatur.

3 *Vectigal. & emphyteusis olim idem.* Pro opinione contraria, scilicet quod emphyteuta sine cõsensu domini rem emphyteuticã, vel ius sibi competens donare non possit, considerandum est, quod fundus emphyteuticus, & fundus vectigalis, ante Zenonem, & Iustinianũ pro eodem accipiebantur, vt in *Rub. & idem glos.* notat. *ff. si ager vectiga. vel emphy. petatur* ibidẽ enim dicitur. Si ager vectigalis, vel emphyt. in legibus autẽ illius tituli solùm fit mentio de agro vectigali, ea scilicet ratione, quia dispositũ in vno, videtur dispositum in altero, cũ pro vno & eodẽ accipiantur, & ad hoc etiã allegatur textus in *l. sciendum ff. qui satis da. cogan.* quo fit vt agro vectigali, vel emphyteuticario constituto, fundus ipse non persona obligetur, text. est in *l. Imperatores ff de publicanis, & vectiga*, vbi ita inquit textus. Imperatores Antonius & Verus rescripserũt in vectigalibus ipsa prædia, non personas conueniri.
4 Et ideò quodãmodo census super eo fundo cõstituebatur sine aliqua personali obligatione.

Isto modo rem emphyteuticam accipiendo, dubium non erit, quin possit donari, vendi, vel alienari, quia res transibat cum onere suo reali, vt in *l. prima. & per totum titulum C. sine cens. vel reli. fund. &c. & in l. si conuenerit 2. § si fundus ff. de pignorat. actio.* nã qui tenetur tantum onere reali, vel obligatione, re dimissa liberatur, vt in *l. cùm fructuarius ff. de vsufructu*, vbi gloss. alleg. plures leges facit text nota. *l. & si forte in § Labeo ff. si seruit. vendit.* vbi ita inquit *Vlpianus*. Labeo autem hãc seruitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.] facit etiam text. in *l. quod debetur. ff. de pecu. & l. 2. in § vnde Offilius*, vbi glos. *ff. ne quid in loc. publi.* & secundum istum modum intelligẽdi, potest accipi textus in *l. si domus § fi. de lega. primo. & in l. 1. si ager. vectiga. vel emphyt. petatur. & in § Adeo supra allega. & l. vectigalis ff. de pigno. & l. 1. de fundis patrimonialibus lib. 11.* Postea verò per *Zenonem in l. 1. C. de iure emphyteuti.* contractus emphyteut. est effectus quidam nominatus contractus, & ei est
5 concessa propria natura, vt ibidem inquit textus, conceptionem, item diffinitionem habere propriam conceptionem textus appellat, vt cõtractus sit nominatus, & proprio nomine concipiatur. Sicut enim emptio, & vẽditio solo verbo emptionis, & venditionis concipi potest, quod non contingit in contractibus innominatis, in quibus ex præscriptis verbis agitur, & non solo nomine perficiuntur, & ita contractus emphyteuticus cùm hodie habeat propriam conceptionem, solo verbo emphyteusis concipi potest, sine alia conuentione, habet enim naturam legalem, ideo non est necessaria conuentionalis, quoniam habet à lege diffinitionem, & regulas quibus iudicetur, & ita interpretari debent illa verba conceptionem, & diffinitionem, licet *Acursius & doctores* illa verba non bene intellexerint.

Item etiam per eandem legem primam secundum doctores (quod verum est) oritur ex contractu emphyteutico condictio ex lege, quę actio personalis est, vt in *§ Appellamus de action. & l. actionum genera de actio. & obligat.* ex quo necessariò sequitur, quod hodie sine consensu domini res emphyteutica donari, vel alienari nõ potest, quia cùm emphyteuta hodie sit obligatus personaliter, ex principijs iuris deducitur, vt sine consensu domini emphyteuta mutari non possit, quia si mutari posset emphyteuta inuito domino, esset in potestate debitoris alium debitorem constituere loco suo inuito creditore, quod facere non potest, etiam si alium locupletiorem se ipso constituere vellet, vt est tex. notab. vbi notat *Albericus in l. Si mandato meo. vers. At si nolit creditor obligationem mutare ff. mandati. & est* bonus 7 textus in *l. Si actor ff. de procurat.* est quoque optimus textus in *l. Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli neque mutari potest. C. de pactis, & in l. pacto successorum. C. eodem tit.* & hoc est quod dicitur, nullam obligationem passiuam, esse potestatiuam: ad quòd est textus in *l. si sub hac ff. de actio. & obliga*, & facit text. *in l. in ementis C. de contrahen. empt. per Bal. in consi. scismatis. in titulo si quis aliquem testari prohibu. 2. col* & patet ex diffinitione obligationis, quæ vinculum, & necessitatem continet, instit. de oliga. in principio. faciunt ea, quæ diximus supra in libro præceden in cap. 6. nu. 5. & num. 23.

6 *In emphyteusi datur condictio ex l.*

Neque obstat, si dicatur quod sine mutatione obligationis potest res emphyteutica donari, vt ipse donans primus emphyteuta remaneat obligatus personaliter, & res ad donatarium transeat, quia hoc esset magis inconueniens, vt actio personalis detur contra vnum, & res cuius ratione datur, sit apud alium: quod in iure non admittitur, ne in plures aduersarios distrahatur, qui cum vno contraxerit,] vt eleganter inquit *Caius in l. Nec in plures. ff. de exercit.* ex quibus necessario elicitur, ex natura contractus emphyt. & obligatione personali, quæ hodie ex eo oritur; rem emphyteuticam sine consensu domini, donari, nec alienari posse.

De natura contractus emphyteu. Hãc autem naturam contractus emphyteutici *Iustinianus* expressè induxit, in *l. fi. C. de iure emphy.* vbi proponitur quæstio vtrum cum volũtate domini emphyteuta possit suas meliorationes alienare, vel ius emphyteuticum in alium transferre: & ita proponit quæstionem per verbum alienationis in genere, quod tam donationem,

nem, quàm reliquos contractus, ex quibus dominium transfertur, comprehendit: vt in cap. nulli. de rebus Ecclesiæ non alienan. Et ita quęstio proposita in genere, deciditur etiam in genere his verbis: Minimè licere emphyteutæ sine consensu domini, meliorationes suas alijs vêdere vel ius emphyteuticũ transferre.] Quod verbum transferre, verbum generale est, quo significatur, nullam alienationem sine consensu domini de re emphyteutica fieri posse.

Contra Augustin. Beroum.

8 Nec admittenda est interpretatio quædam *Augustini. Beroi.* in cap. *potuit, extra de locat.* qui côsiderat in *illa. l. fi.* solum prohiberi venditionem meliorationum sine consensu domini, iuris autem emphyteutici omnem alienationem prohiberi, propter illud verbum transferri, quia hæc interpretatio nullo iure subsistit, cùm meliorationes, & ius emphyteuticum, quantum ad potestatem alienandi, secerni non possint, quin imò si aliqua esset constituenda differentia, maior prohibitio est meliorationibus, quàm in ipso iure emphyteutico, vt in *l. Senatus ff. de contrahend. emptio. & in l. Senatus. ff. de lega.* 1. constituenda tamen nô est aliqua differentia. Quia vna eademq; res non debet diuerso iure censeri, vt in *l. cum qui ede. ff. de vsucap.* Et ita dicendum est nec meliorationes, neque ius emphyteuticum sine consensu domini donari, vel alienari posse.

Noua inductio & declaratio l. fin. C. de iure emphyteu.

9 Et pro hac parte induco textum in *eadem l. fin in qua*, vt dictum est, ponitur regula negatiua, vt res êphyteutica alienari nô possit, quæ malè posita esset, si opiniones doctorũ essent veræ, quia secundum eorum opiniones, vt ex infra dicendis apparebit, omnis alienatio est permissa sine domini voluntate, præterquam venditio: permittunt enim doctores donationem sine domini côsensu, dationem in emphyteusim sine domini consensu, admittunt permutationem, admittunt pignorationem, seruitutis constitutionem, & omnem contractum, præter venditionem. Ergo regula constitui deberet affirmatiuè, vt omnis alienatio permittatur, præter quam venditio: lex tamen ponit regulam negatiuam, prohibendo omnem alienationem, ergo falsa est doctorum opinio. Item etiam tenendo opiniones doctorum, in nullo casu requiritur consensus domini, nam nec in contractu venditionis requiritur consensus domini, facta enim denunciatione potest vêdi, etiã inuito domino ergo non est necessarius consensus in venditione. In alijs autem contractibus doctores non requirunt consensum, ergo in nullo casu verificarentur verba tex. requirentis consensum, si teneremus opinionem doctorum.

10 Item si permissa venditione, omnis alienatio permissa videretur *in dicta l. fi.* ergo limitatio esset generalior regula, nec in aliquo casu regula remaneret vera, quod est contra naturam regulæ, & exceptionis: quia exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, vt in *l. nam quod liquide §. fina de penu. legat.* Item limitatur in venditio, vt denunciatio & requisitio pro consensu domini habeatur, ergo in alijs côtractibus côsensus domini erit necessarius. Maximè quia hæc requisitio in alijs côtractibus cadere nô potest, vt suprà dictũ est, & ad sensum patet, & ita colligitur ex his argumentis, quod in *dicta l. fi.* omnis contractus, & alienatio emphyteusis prohibetur, excepta venditione.

Quare autem magis venditio permissa sit videamus. Ex tex. in *eadem l. fi. in versi. sed neque.* considerans æquitatê quandã inquit, quod ex prohibitione alienationis videtur sequi maximũ in cômodũ ipsi emphyteutæ, si fortè fecerit maximas expensas in meliorado rem emphyteutica, ex quibus, rem alienando, maximã perciperet vtilitatê. Ideò imperator côtra naturã côtractus emphyteutici, & obligationis personalis ex æquitate dispensaui, quod oblata domino conditione, vt possit sibi rem habere pro pretio, quod ab alijs offertur eo nolente accipere, possit rem vendere emphyteuta: & ita non simpliciter dispensatum est, sed oblata domino hac conditione. 11

Hæc autem oblatio, cum qua dispensatum est, in alijs contractibus quam in venditione eadem non potest: non enim cadit in donatione, vt euidenter apparet. non in permutatione, nô enim in speciebus sicut in nummis cadit functio, vt in *l. Nummus ff. de in litem iurando. & l. Quod dicitur. versi. ibi ergo ff. de impen. in reb. dotal. fact.* in solo autem vno contractu, qui emptioni similis est, admittenda erit prædicta dispensatio, in côtractu scilicet do, vt des: si pro emphyteusi daretur res, quę numero, pondere, vel mensura consisteret: quia in eo contractu similis à domino conditio offerri potest, quod in alijs contractibus non est, nisi etiam in pignore quando res emphyteutica pro pecunia numerata, vel pro rebus quæ numero, pondere, vel mensura consistunt, pignoretur, quia etiam similis conditio à domino, offerri potest, & ridiculum est, quod aliqui volunt, quod res emphyteutica nô possit domino hypothecari, ex eo quod in re propria nô cadat pignus, vel hypotheca. vt in *l. neque pignus ff. de reg. iuris* qui quãdo emphyteuta pignorat, pignorat dominiũ vtile, quod emphyteutæ est, non directũ, quod domini est. Pro quo in simili facit textus in *l. 1. C. communia. de legatis.* bonus text. *in l. in bello in §. si quis seruum. ff. de capt. & postl. reuer.* In omnibus autem alijs contractibus, in quibus prædicta oblatio cadere non potest, vera erit hæc regula negatiua, quod res emphyteutica, sine consensu domini, alienari non possit, cum cesset illa qualitas, cũ qua sola, vendendi facultas permittitur.

In quibus rebus functio cadat.

12

13 Non obstant allegata in contrarium, & primo non obstat permissam esse venditionê emphyteutæ, & venditionis verbo omnê alienationê comprehêdi, quia hęc regula, quæ vulgo traditur, non omnino vera est, nam aut agimus de vi verbi, & falsum erit emptionis verbum alios contractus compræhendere, præter venditionem: emptionis enim propria natura est ab alijs

ab alijs contractibus distincta, vt in §. *Item pretium. de empt. & vend. & in l. prim. ff. eodem tit.* emptio enim species est alienationis, & ita est nomen speciei, non generis, & licet ad positionem speciei sequatur positio generis, nõ tamen totius generis, qui enim hominẽ dicit, animal dicit, non tamen omne animal, primum probatur in *l. si quid earum. §. interemptum. ff. de leg. 3. & in cap. excommunicamus. in 1. & 2. de hæreticis.*

De interpretatione l. statu liberi §. 5 de statu liber.

Secundum probatur in *l. si is qui ducenta in § vtrum. ff. de rebus dubijs.* & not. *in c. t. per quos fiat inuestitura in vsibus feud. super verbo de suis rebus, in fin.* & ita ad positionem venditionis alienatio ponitur, sed non omnis, sed ea tantum, quæ per venditionem contingit. Non obstat tex. in *l. statu liberi §. Quintus Mutius. supra allegatus*, vbi dicitur, venditionis verbo omnem alienationem complecti, quia imo ex illa lege colligitur regula, quæ ponus pro nostra opinione facit, quod ita demum emptionis verbo omnis alienatio cõpræhenditur, quando lex habuit rationem dominij, & sic respicit effectum translationis dominij, non autem modum alienandi, quia quãdò ratione alicuius certi effectus dispositio inducitur, non modus, sed effectus attenditur, vt dicit *Alber. in l. 1. 3 col. C. Vt nemo priuat.* quod probatur in *l. si mater. C. de institu. & substitu. sub. condi. fact. & in l. Si mulier. ff. ad Trebell. & in l. fideicom. missa §. si cui ita de legat 3 & in l. si ita. ff. quando dies legati cedat. & in l. Gallus. §. at quid. si tantum. ff. de lib. & posth.* text. in *l. fi. C. de dona. quæ sub modo. & in l. sed & mortis. §. 1 ff. de dona. inte vir. & vxorem. & ita in dict. §. Quintus,* lex habuit rationem dominij & quodammodo de emptore obiter, & exempli causa loquitur, ideò ad omnem dominum, & ad omnem alienationem refertur. Ex quibus omnibus colliguntur duæ regulæ.

Prima, quod ex vi verbi emptionis, & venditionis, nullus alius contractus, quàm venditionis compræhenditur, & ita leges quæ de emptione loquuntur solum in emptore intelliguntur, quia est nomen speciei, quod genus non cõprehendit, vt suprà probatum est.

Secunda est regula, si ratio legis loquentis de emptione talis est, quę etiam in alijs contractibus versetur, licet vis verbi id non comprehendat, ratione tamen legis euincitur, vt alijs contractus comprehendatur, & etiam alij actus, qui contractus non sunt, vt sententia, vt in *dicto. §. Quintus.* Et hæ sunt certiores regulæ, quam illæ, quas ponit *Anton. de Burg. in rubric. ext. de emptio, & vendit, nu. 19. cum sequent.* licet nõ male loquatur: in nostra autem materia lex fina, quæ de venditione loquitur, nõ potest trahi ad donationem, quia illa qualitas, cum qua in venditione dispensatum est, scilicet vt requiratur dominus an velit offerre idẽ pretium, ad donationem, & alios contractus non potest adaptari, & ex his etiam respondetur ad *l. sicut. in. §. venditionis ff. quibus modis pignus vel hypothec. soluitur.* Et ita verum est venditione permissa, emphyteutæ non esse permissam donationem.

Vide quæ Turrecre. in c. sicut n. 8 1 q. 2. Abb. c. 1. in princip de his quæ fiũt. à prælat.

15 Non obstat etiam secundum argumentum in *l. si domus. §. fi. ff. de lega. 1*, vbi emphyteuta potest legare rem emphyteuticam, quod donare est, quia possumus respondere duobus modis. Primo, quod licet donatio probibita sit, non tamen videtur prohibita illa, quæ per legatum fit, vel causa mortis, quia res prohibita alienari, potest alienari alienatione necessaria, vt in. *l. pri. ff. de fund. dotali.* alienatio autem quæ fit per vltimam voluntatem, omnimodo necessaria est, quia morte emphyteutæ, necessario mutatur dominium, & res emphyteutica de vna persona in aliam, & sicut emphyteusis perpetua, de qua nunc agimus, morte emphyteutæ transitura est ad hæredem, ita eo modo poterit ad legatarium transferri, quia legis interpretatione, legatarius in re sibi legata loco hæredis est *l. in cõuentionibus ff. de verborum significatione.* vbi inquit *Papinian.* Cùm igitur ea lege fundum vectigalem municipes locarint, vt ad hæredes eius, qui susceperit pertineret, ius hæredum ad legatarium quoque transferri potuit.] Bonus text. in *l. Id tempus. §. fi. ff de vsucap.* fac elegans. tex. *in l. Si stipulatus fuerim. in prin. ff. de verb. obligatio.* iuncta *l. si sic. §. si quis ita. ff. de lega. 3.* & ita cùm sit diuersa ratio, non sequitur prohibita donatione prohiberi etiam legatum, vel econtrario permisso legato permissam esse donationem aliam, quàm eam, quæ ex vltima voluntate contingat. Et ita verum puto emphyteusim perpetuam sicut transit ad hęredes, ita posse etiam transire ad legatarios, vt dictis legibus probatur.

Intellectus l. si domus, in. § fin. ff de legat. 1.

Secundo modo possumus respondere ad *dictam l. si domus. §. fina.* quod illa lex, vel vlla alia digestorum non possit allegari contra nostram opinionem, quia vt supra ostendimus, digestorum tempore fundus emphyteuticus alio modo sumebatur, antequam per Zenonem, & Iustinianum noua forma, nouum nomen. & natura inducta fuerunt in contractu emphyteutico: quia olim non solũ donari, verũ etiã quolibet modo alienari poterat, vt latiùs supra explicatum est, quia non obligatio personalis, sed realis, contrahatur, & obligatione reali potest quis se liberare per rei translationem, vel dimissionem, non autem à personali, vt probatur in *l. cũ fructuarius. in fin. cum l. sequent. ff de vsufructu. & supradictum est.*

1. Intellectus. aut. l. si domus. §. fin.

Non obstat tertium argu. ex *l. pri. C. de fundis patrimonialibus lib. 11.* quia ad illam legem possumus multis modis respondere. Et primo vt aliqui volunt cum glos. & Bartol. esse speciali in emphyteuta fisci, vt possit rem emphyteuticam libere donare, quia non interest fisco, sit res apud vnum, vel apud alium cùm habeat actionem realem, quæ fundi sequitur possessorem, vt in *l. imperatores ff. de publica, & vectigal. & per totum titulum. C. si censu vel reliquis &c.* secus autem in priuato, quia si res emphyteutica alienetur, non habet contra possessorem aliud remedium, quam agere rei vendicatione, & probare dominium, quod difficillimæ est probationis

Intellectus l. 1. C. de fund. patrimon. lib. 11.

bationis, vt in *l. vnicus & in l. proprietatem. & in l. proprietatis. C. de probation.* Sed hæc solutio ad *dictam l.* primam placere non potest, quia cùm ius emphyteuticum eo tempore super re, quasi censùs imponeretur, etiam priuato daretur ius in rem, quod sequetur fundi possessorem, ideò nulla potest constitui ratio differentiæ inter fiscum, & priuatum. Verior itaque est solutio, quod tempore illius l. primæ ante Zenonem, & Iustinianum, ius emphyteuticum erat ius quoddam censuale, quod rem afficiebat, non personam. Ideò liberè poterat alienari, quia transibat cum onere suo, vt supra latius dictum est.

2. *Intellect. ad dict. l. 1.* Potest etiam alio modo intelligi illa lex prima: quod emphyteuta siue sit fisci, siue priuati, possit rem emphyteuticam donare sub ea cōditione, si dominus directi dominij consenserit, in qua specie dubium non est valere talem donationem, vel alienationē, argumento rex. not. in *l. si quis locuples. ff. de manumiss. testament.* nec erit contra nostram opinionem, quia in hac alienatione attenditur consensus domini, quem nos in nostra opinione requirimus, & hic intellectus videtur quodammodo probari *in dicta l. prima, ibi Salua. l. fisci.* &c. Sed magis placet præcedens intellectus, qui planus est, & sine aliqua diuinatione.

Ad quartum non obstat etiam tex. in *l. fi. C. de prædijs decurionum lib. 10.* vbi prohibita venditione vel alienatione nō prohibetur donatio, quia respondetur, quod verū est quod prohibita vēditione non videtur prohibita donatio: & ita *si in dict. l. fi. C. de iure emphyteutico.* esset sola prohibita venditio, admitteremus quidem non esse prohibitam donationem iuris emphyteutici. Sed ibidem non solùm venditio, sed & omnis alienatio sine domini consensu prohibita est, nec etiam obstat, quod in illo titulo de prædijs decurionum, vt ex rubrica patet, omnis alienatio sit prohibita: quia respondetur, vt ipsamet *lex fi.* dicit, quod ibi est prohibita alienatio sub commemoratione pretij, quo casu sola venditio, in qua de substantia est pretium, prohibita videtur, & secundum istum modum intelligendi, qui expressè in textu ponitur, debet intelligi rubrica: quæ licet generalis sit, per illas leges debet interpretari, & ad istum intellectum facit gloss. vulgaris in *l. cum dotem. C. de iure doti. & in l. illicitas. in gloss. 1. ff. de offi. præsid. facit gloss. in. l. si ex pretio. in gloss. 1. C. si cert. peta. cum insi nitis cumula.* per *Tiraquellum in tracta. de vtroque retract. in §. 1. in glos. 2. 1. in princip.*

Nec obstat quod etiā in l. fin. C. de iure emphiteutico, fiat mentio de pretio in pluribus locis eiusdem legis, quia id verum est in ea parte, in qua cum venditione dispensatur. In prima autem parte, vbi alienatio sine consensu prohibetur, nulla fit mentio pretij, sed generaliter, & indistinctè sine mentione pretij regula ponitur & ita prædicta inductio magis facit pro nostra opinione, licet malè aliqui vt *Bero. in dict. c. potuit.* existiment argumentum istud facere pro communi opinione.

17 Non obstat etiam quintum argumentum ex text. in *§. adeo. insti. de locato.* vbi expressè permittitur donatio rei emphyteuticæ, quia ille textus, si rectè cōsideretur, magis facit pro nostra opinione: ad quod considerandum est quod in illo §. non solum donatio, verum etiam venditio, & omnis alienatio sine aliqua denunciatione admitti videtur: quo fit, vt ille textus vel ius antiquū respiciat, quo rei emphyteuticæ libere erat permissa alienatio, vel illa verba, quæ in illo textu ponuntur, sunt verba contrahentium, nō ipsius textus dispositio. Primum quod ibidem ponatur ius antiquum apparet, quia textus fingit quæstionem, quam dicit esse apud veteres controuersam, vt patet ex eo textu, ibi. Sed talis cōtractus quia inter veteres dubitabatur] & ita ille tex. interpretetur, vt supra interpretati sumus text. in *l. 1. ff. si ager vectig. vel emphyt.* *De intellectu §. adeo de locato.*

Secūdo modo, & hic intellectus erit clarior, quod ibidem sint verba contrahentiū, qui etiā hodie possunt circa rem emphyteuticā pacisci, vt sine consensu domini alienari possit, vt in *eadem l. fin. C. de iure emphyteutico.* probatur, & quod illa verba fuerint contrahentiū, apparet ex text. inquit enim. Adeo autē aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & vēditio, item locatio, & cōductio, vt in quibusdā causis quæri soleat, vtrum emptio & venditio cōtrahatur, an locatio, & conductio.] Et subiungit exemplum his verbis. Vt ecce de prædijs, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, vt quādiu pensio, siue redditus præstetur pro his domino, nec ipsi conductori, nec hæredi eius, cuius conductor, hæresue id prædium vēdiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit aliōue quocūque modo alienauerit, auferri liceat] quod exēplum in primis verbis quæstionis, *vsq. ad versiculum, id est,* cōsistere nō potest: tradere enim fruēdum prędium sine alia conuentione, esset notissima constitutio vsusfructus. Non obstante illo verbo *perpetuo*] quod in materia vrendi, & fruēdi ad vitam interpretatur arg. tex. *in l. prima ff. pro socio.* & facit tex. *in l. antiquitas. C. de vsufructu.* ideò necessario dicendum est illa verba quę sequuntur, id est, & cætera, referre modum, & formam sub quibus contractum est. *2. Intellect. ad dict. §. adeo.*

Quod etiā paret, quia in emphyteusi requiritur constitutio pensionis, vt omnes fatentur, & tamen de pensione *ante versiculum, id est,* non est facta mentio, ideò necessario dicendum est *illū versic. id est,* respicere formam sub qua contractū est, & quod hoc sit verum, apparet euidenter ex Theophilo illius textus authore, qui in institutionibus suis illa dictio, id est] quę facere videbatur difficultatem, deficit. Qui etiam postquā posuit prædictum contractum à partibus celebratum, cum prædictis omnibus alienandi conuentionibus, subiungit. Quoniam inter veteres dubitabatur, quinam contractus hic esset] quasi manifestè ostēdens vsque ad illum versiculum,

propo-

propoſuiſſe factum,& formam ſub qua contractum eſt, in eo autem verſiculo,ſuper illo contractu de iure quærere.

Item hoc apparet,quaſi illa verba eſſent verba iuris,& non facti,vel contractus, conſtitueretur ibi regula ex diametro contraria illi regulæ,quæ ponitur in *l.fi.C.de iure emphyteutico.* Item etiam loquendo de venditione, eſſent prædicta iura contraria,quia in *dict.l.fin.*in venditione requiritur denunciatio, vel requiſitio, quæ in
18 *dicto §.adeo* non requiritur. Ideo neceſſario dicendum eſt in textu illo *dicti §.adeo.*nõ poni naturam legalem contractus emphyteutici, ſed partium expreſſam conuentionem, quæ poterant etiam in contrarium conuenire,vt res non alienetur.Ideò autẽ Imperator eligit illud exẽplum in quo res expreſſè eſt permiſſa alienari,vt oſtenderet ſimilitudinem,quam hic contractus cum venditione habet,quæ ex hoc pacto maximè oſtẽditur.Quia ſi emphyteuta ex pacto alienare poteſt,ergo efficitur dominus, ſicut emptor,ſi enim fingeretur caſus in quo conuẽtum eſſet,vt non alienaretur, nihil ferè commune haberet cum venditione,ſed omnimodo vincerent iuris conſulti,qui hunc contractum locationem affirmabant, cùm conductor vendere non poſſit.vt in *l.Non ſolet.ff.locati.& l.Si quis conductionis.C.de locato.& in l. Ad probationem. & in l. Qui rem propriam eodem tit.*Item etiam quia quoad penſionem non venditioni, ſed locationi ſimilis eſt,ideò neceſſarium fuit proponere quæſtionem eo modo, vt vtriuſque opinionis rationes oſtenderẽtur.Denique in illo §. ſolum quæritur de ſubſtantia contractus emphyteutici,non de natura.Natura enim propria non ibidem conſtituitur, ſed in *l.Zenonis,& in legibus nouis Iuſtiniani,*vt ibidem textus in *dicto §.adeo.* expreſſè dicit ibi.Lex Zenoniana lata eſt,quæ emphytheoſeos cõtractus propriam ſtatuit naturã.

Et hic intellectus manifeſtiſsimè probatur, quia ante legem Zenonis,& Iuſtiniani,aut contractus emphyteuticus ſine obligatione perſonali celebrabatur,vt conſtituendo fundum cẽſualem,vel vectigalem, qui emphyteuticarius dicebatur,vt ſupra latè deduximus, in qua ſpecie non loquitur noſtra opinio, neque textus in l.fi.aut celebrabatur cum obligatione perſonali,vt perſona emphyteutæ obligaretur ad ſoluendum canonem perſonaliter,& hoc caſu ille contractus erat contractus innominatus,qui de iure nouo eſt effectus nominatus.vt *dicta l.prima C.de iure emphyteutic.*& ſuprà dictum eſt. Si ergo erat contractus innominatus, oriebatur actio præſcriptis verbis,vt in *l.Iuris gentium.in princ.ff.de pact.*quę actio oſtẽdit illum contractum nullã aliam habere naturam,quam quæ ex præſcriptis verbis oſtenditur. Quo fit,vt ille contractus ſolum naturam conuentionalem habeat, non legalem aliquam propriam naturam. Et ideò ſi conueniat,vt emphyteuta perſonaliter ſit obligatus ad penſionem,ex contractu innominato emphyteutico (erat enim innominatus ante Zenonem)dubium erit,an poſſit rem alienare. Hæc quæſtio non poterit decidi ex natura ipſius contractus propria, ſed regulis communibus decidenda erit, quæ conſtituunt, vt obligatus perſonaliter, obligationem inuito creditore mutare non poſſit.vt ſupra latiùs probatum eſt. Si qua igitur propria natura in *dict.§ adeo,*ponitur, vt alienari poſſit, ea erit, quæ ex conuentione,& quæ ex præſcriptis verbis ipſius contractus colligitur, ex quibus apparet vetus ſenſus dicti.§ adeò.& verus ſenſus *l.prima.ff. Si ager vectigal.*quæ eundem ſenſum recipit & habet,& per hoc eſt reſponſum ad 5.& 6. difficultatem quod in illis contrarijs legibus ponatur natura conuentionalis,non legalis.

Non obſtat etiam ſeptima difficultas quod emphyteuta,dominium vtile habeat, & natura dominij ſit,vt qui id habeat,alienare poſſit,quia 19
Aliquando dominus alienare non poteſt.
id verum eſt,niſi aliquid extrinſecus impediat. Accidit enim aliquando vt qui dominus ſit, alienare non poſſit.]vt in principio inſti. quibus alienare licet, vel non. & in §. *nunc admonendi. eod titul.*vt in minore,Eccleſia,& marito ac alijs, vt latiùs diximus in libello de Redditibus Eccleſiaſticis.4.parte.cap.6.in num. 11.& ita licet emphyteuta dominus ſit, alienare non poteſt, quia natura obligationis perſonalis, qua ipſe conſtringitur,hoc efficit,vt mutari emphyteuta ſine domini conſenſu non poſſit. Item ne dominus qui creditor eſt,in plures aduerſarios diſtrahatur,qui cum vno contraxit, vt ſupra dictũ eſt,& ita naturam dominij generalem, quæ eſt vt alienari poſsit, immutatur à natura ſpeciali obligationis perſonalis, quæ in contractu emphyteutico verſatur.Et hoc probatur, quia aliàs fatendum eſſet,emphyteutã poſſe libere vendere irrequæſito domino quod in *dicta.l.fin.*expreſſè prohibetur.Item hoc efficeret,vt regula dictæ l. fi.quæ negatiua eſt affirmatiuè deberet concipi.

Non obſtat inſuper octaua difficultas,quod in *dict.l.fina.*permittatur emphyteutę,vẽditio,vt commodum emphyteuta ex meliorationibus ſuis conſequi poſſit: idque commodum in donatione verſetur, quia licet commodum emphyteutæ in illa permiſſione lex reſpiciat, tamẽ reſpicit etiam vtilitatem domini directi dominij,vt ei fiat denunciatio,& ei offeratur conditio,vt poſsit rem ſibi habere pro pretio quod ab alijs offertur, quæ ratio efficit,vt donatio impediatur,cùm in ea non ſimilis offeratur conditio.Nec ſufficit ſi ſatisfiat cõmodo emphyteutæ,niſi etiam domino conſulatur,cùm hæc duo inſimul requirantur,ad quod facit regula vulg. *l.ſi heredi plures.ff de condi.inſtitu.*

Non obſtat etiam nona difficultas, quod 20
Quando teneatur quis permittere quod ſibi non nocet,& alteri prodeſt.
quis teneatur facere, vel pati quod ſibi non nocet,& alteri prodeſt,quia id verũ eſt, niſi in mutãda obligatione perſonali,id enim etiãſi maximè vtile eſſet,creditor facere non tenetur, nec pati vt fiat. *l. Si mandato meo verſ. at ſi noſit creditor.ff.mandati* vt ſupra dictum eſt. Sicut etiam

videmus,

videmus,quòd inuito domino vsusfructuarius, etiam in melius,non potest mutare formam rei, in qua vsumfructum habet, vt. *l. hactenus in §. fina. cum l. sequent. ff. de vsufruct.* bonus tex. in. *l. fin. de vsu. & habita.* & ideò licet domino non noceret,eo inuito emphiteuta alienare nõ potest. Ex his omnibus supradictis apparet,veram esse hanc conclusionem,quod emphiteuta sine consensu domini rem emphiteuticam , vel ius sibi competens donare non potest.

Ex quibus eisdem rationibus etiam deducitur contra communem opinionem , quod emphiteuta sine consensu domini non possit rem emphiteuticam permutare,quia cum in permutatione cesset illa oblatio, cùm qua in venditione est dispensatum,cùm in speciebus non similis functio,sicut in pecunia detur,vt in *l. in nũmis. ff. de iu lureiu iuran. & in l. 2. in §. mutui. ff. si certum petat.* remanebit hic contractus sub illa regula, in qua alienatio rei emphiteuticæ prohibetur.

21 Deducitur etiam ex supradictis, quod emphyteuta,etiam socio emphiteusis,vendere partem suam non possit,nisi præcedente oblatione quæ in venditione,quæ fit extraneo,requiritur, licet doctores communiter contrarium teneant. *Bart. & omnes in l. qui Romæ. §. duo fratres. q. 10. de verbor. oblig. Ias. l. si domus §. fi. ff. de lega. 1.* vbi plures refert,& hæc opinio nostra probatur manifestè,quia socius iure communi non potest rem retrahere pro pretio, quod ab extero offertur, vt in *l. dudum. C. de contrahen. emptio.* dominus autem directi dominij hoc ius habet, vt in *dicto cap. potuit, & in dict. l. fin.* ergo dominus in venditione rei emphiteuticæ,præfertur socio emphiteutæ. Si ergo præfertur,debet ei offerri prædicta conditio,& fieri denunciatio,quæ pro conseruando hoc iure prælationis est inducta & ita apparet in hac materia nõ differre socium emphyteutæ ab extraneo.

ontra doores.

Neque opinioni nostræ obstant aliqua, quæ in contrarium à doctoribus allegantur. Primo non obstat tex in *l. voluntat. C. de fideicommiss.* vbi prohibitus alienare extra familiam potest socio partem vendere,vel alienare:quia respondetur id esse secundùm voluntatem defuncti expressam:defunctus enim qui extra familiam prohibuit alienari, cõcessisse videtur vt in familiam alienari possit,nimirum si consocio qui est de familia alienare possit.Sed in materia nostra res emphiteutica prohibetur alienari, non respectu certarum personarum , sed generaliter, quo fit vt hæc prohibitio eodem modo excludat socium,sicut excludit extraneum.

Probatur in l. inter omnes C. de præd. minor

22 Non obstat etiam text. *in cap. imperialem. §. præterea. de prohibita feudi alienatione per Federic.* vbi vassalli possunt inter se feudum diuidere, quæ diuisio vim alienationis in socium factæ habet, vt in *l. 2. C. de fundo dotali.* quia illi textui possumus respondere. Primo, quod disposita in re fundali circa alienationẽ nõ trahãtur ad emphiteusim,quia alijs casibus,& alio modo fit prohibitio alienationis rei feudalis,quam rei emphyteuticæ,vt patet ex text. in *cap. 1. qualiter olim poterat feudum alienari in princip.* vbi vassallo licebat partem feudi alienare.

De intellectu text. in c. imperialem. in §. 1. de prohibit. aliena. per Federic.

Item in *dict. §. præterea in fin.* expressè probatur quod dominus directus feudi non potest inuito vassallo ius suum,vel dominum directum alienare,& tamen omnes fatentur dominum directi dominij rei emphyteuticæ,hoc facere posse, sine consensu emphiteutæ , & sine aliqua denunciatione,& ita ostenditur hoc argumentum à simili,de feudo ad emphyteusim, non procedere:cùm ferè in omnibus deficiat. Quod si dictum argumentum verum esset, doctores sibi ipsis repugnarent, donationem rei emphyteuticæ inuito domino admittentes , cùm hoc in feudis expressè prohibitum sit , vt habetur in *c. 1. §. donare. Qualiter olim feud. poterat aliena.* bonus tex. *in cap. cum apostolica. de ijs, quæ fiunt à prælato sine consensu capituli.* Secundum etiam modo possumus respondere ad dictum text. quod loquatur in diuisione,quæ licet alienatio sit,est tamen necessaria alienatio quodammodo , vt euitentur discordiæ,quæ in re communi accidere solent:vt in *l. Cum pater. §. dulcissimus. de legat. 2.* bonus textus in *l. In hoc iudicio. §. si conueniat. ff. commum diuidundo.* prohibita autem alienatione , alienatio necessaria non censetur prohibita. vt *l. 1. ff. de fund. dotal.* & dominus,qui duobus rem in emphyteusim concessit, etiam diuidere permisisse videtur,quia ex natura ipsa & lege permissa diuisio est.Sed hæc solutio quatenus de diuisione loquitur, non ita indistinctè est admittenda,quia tamen requirit altiorem indaginem,omittendam censui,ideo magis placent aliæ solutiones.

2. intellect. ad dictam. c. imperialem

Non obstat etiam ratio, quæ in contrarium adducitur. s. quod ideò lex prohibitionem inducit rei emphiteuticæ,quia si res venderetur sine domini voluntate,non esset domino consultum remedio actionis contra illum tertium, quæ ratio cessare videtur,quando socio venditur. Quia possumus respondere istam rationem nõ esse expressam in lege , vt ab ea argumentemur,neque hãc solã rationẽ esse , sed aliam validiorem,ne inuito creditore obligatio mutetur, quæ ratio vendicat sibi locum,siue in totum,siue in partem fiat mutatio, vt idem iuris sit in parte,quod in toto,vt regula vulga. *l. Quæ de tota. de rei vendica. & in l. Qui scit. ff. de vsur.* & pro ista nostra sententia facit textus , quem ibi notant doctores antiqui in *l. Cum hi. § si vni. ff. transact. versi. sed si plures.* vbi ita inquit *Vlpian.* Sed etsi pluribus fundus ad alimenta fuerit relictus , & hi inter se transigant sine prętoris auctoritate, facta transactio rata esse non debet] Et ita verius puto quod emphyteuta non facta domino prędicta denunciatione,non possit etiam socio emphyteusis vendere.

Ex supradictis etiam deduci potest , eandem denunciationem: quæ in venditione requiritur,requiri etiam in pignoris constitutione contra do- 23

In pignoris constitutione re-

quiritur denunciatio sicut in venditione.

tra doctor:sicut enim in venditione potest dominus offerre pretium,ita etiam quãdo res pignoratur,potest etiam mutuare pecuniam, sub qua pignoratur,nam si admitteretur pignoratio sine domini consensu,nulla ei facta denunciatione,necessario etiam permitteretur venditio, per text.nota.in *l.si pupillorum. §.si pupillus.ff.de reb. eorum.* vbi ad pignorandum rem pupilli decretum est necessarium. In venditione autem ipsiusmet rei pignoratę non tenetur creditor nouum adhibere decretum,sed potest ius suũ vendendo prosequi.Facit optimus text.in *cap. literis de rescript.* Ita in nostra materia, admissa semel pignoratione, creditor non teneretur consensum domini expectare, nec ei oblationem facere,& ideo hæc solennitas in pignorationibus adhibenda est,cùm ius constituatur in re, & ex pignoratione domino fiat præiudicium.

Non obstant aliqua quæ in contrarium allegantur.Primo,non obstat quod pignus nõ possit cadere in re propria, vt in *l. neque pignus. ff. de regu. iur.* quia his supra responsum est, quod ratione vtilis dominij,quod sibi deficit, potest in re propria cadere pignus. Non obstat etiam secundo text.qui allegatur in contrarium.in l. *lex vectigali.ff.de pignoribus.& l. Tutor.§. fin ff.de pignora. actio.* vbi fũdus vectigalis,vel emphyteuticarius potest pignorari,quia illis legibus satis supra responsum est.nu.3.& sequent.

Vtrum emphyteuta possit alium emphyteutam constituere.

24 Circa prędicta quærunt etiam doctores, an emphyteuta possit nulla facta domini requisitione,rem in emphyteusim dare?in quo doctores communiter concludunt idem quod in donatione,vt sine domini consensu, & denunciatione,in emphyteusim dare posit: vt per *Feli. cap. quæ in Ecclesiarum. num. 68. latè extra de constitutio.* Nos vero tenemus nouam sententiam, vt non solum sine voluntate directi domini id fieri nõ possit,verum etiam eo consentiente, non possit emphyteuta nouum sibi emphyteutam constituere. pro opinione communi possunt allegari plures rationes & tex.

Primò, in hac materia iuris emphyteutici maximè inspicitur id,quod inter partes conuẽtum est,vt in. *l.1.2.& 3. C.de iure emphyteutico. & § adeo.de locato.* Et in omnibus etiam alijs materijs,pacta quæ non sunt turpia, debent obseruari:vt in *l.iurisgentium.§.prætor ait.ff. de pactis.* nihil ergo obstat,vt alius emphyteuta ex voluntate domini constitui possit.

Secundò pro communi opinione facit text. qui videtur expressus in *cap.pri. §.similiter de lege. Corradi.in vsibus feudorum.* vbi expresse probatur, quod vassallus,qui sicut emphyteuta dominiũ vtile habet,potest rem feudalem in feudum alij concedere: idem ergo dicendum est in emphyteuta,cùm in hoc pares sint termini, & eadem ratio.

Tertio pro ista facit text qui videtur expressus in *l.Cum sponsus.§.in vectigalibus.ff.de Publiciana in rem actione.* vbi in re etiam aliena,si constituatur emphyteusis,vel vectigal,dabitur Publiciana ergo sine domino potest cõstitui ius emphyteuticarium.

Quarto pro hac parte dubium non est, quin ille qui rem præscripsit, habet tantum vtile dominium,vt *in authen.nisi triennale. C. de bonis matern.*& tamen rem quã quis ex præscriptione acquisiuit,posset quis dare in emphyteusim. Ergo ille,qui habet solum vtile dominium,quale etiam habet emphyteuta,poterit etiam dare in emphyteusim.

Quinto pro communi sententia ex senatus consulto Trebelliano, in fidei commissarium, restituta hæreditate, solum transfertur dominium vtile,non directum.vt in *§.restituta in fine* ibi vtiles actiones] *de fideicomiss.heredi.* sed dubiũ non est, quod fideicommissarius possit rem ex fideicommisso habitam,in emphyteusim dare, ad quod facit bonus tex.in arg.in *l pri. versi.bonorum quoque.ff ad Trebellia.* Ergo ille qui habet vtile dominium tantum potest in emphyteusim dare,& idem in bonorum possessore, quia est hæres vtilis, vt in *§. quos autem. insti. de bono. possessio.*

Sexto pro ista parte facit tex.in *l. nemo prohibetur.C. locati.* vbi qui habet rem locatam potest eam locare,ergo eodem modo ille, qui habet rem in emphyteusim,potest eandem in emphyteusim concedere.

Sed pro nostra opinione, quod emphyteuta etiam domino consentiente non possit alium efficere emphyteutam, facit, quia contractus emphyteuticus,vt ex eius diffinitione patet debet fieri super re immobili vt in ea re transferatur dominium vtile in emphyteutam,directo apud dominum remanente.Sed si emphyteuta posset alium efficere emphyteutam, posset ius emphiteuticum sine dominio consistere. Nam dominium directum est apud dominium, vtile verò apud primum emphyteutam, & ita apud secundum non est aliquod dominium, in quo ius emphyteuticum cõstitui possit: & ita ex defectu materię emphyteuta emphyteutæ esse nõ potest,quia dominiũ nõ potest esse apud plures in solidũ, vt in *l. si vt certo. §. duobus vehiculum. ff. commodati.& l.quod contra. §.vns duo.ff.de regulis iuris.* & not.in *l.3.§.ex pluribus & §. ex contrario. ff.de acquir.possess.* neque dominium vtile potest aliud vtile producere,vt lat.diximus in tract.de Reddi.Ecclesiast.3.parte.c.2.fac.tex.not.in *l.hæres furiosi.in §.fi. ff. de petitio. heredi.* vbi vol. glos. quod officium iudicis mercenarium non potest aliud officium iudicis producere, cum alij deseruiat: trad. *Alexand.in l.diuor.10 in.§.ob donationes. nu. 6. ff.solu.matri.* facit tex in *l.sic euenier.ff.ad.l. Iulian.de adult.* ita etiam dominium vtile emphyteutæ aliud dominium vtile producere non potest, & quia tota difficultas huius quęstionis versatur in responsionibus eorum, quæ in contrariam partem adduximus,ideò ad eorum explicationem deueniamus.

Materia emphyteusis. 25

Non obstant ergo quæ primo ex aduerso allegantur,quod pacta quæ turpitudinem nõ habent

bent,sunt seruanda,maximè in contractu emphyteutico.Ideoq́ue nihil obstare videatur, vt domino consentiente,emphyteuta emphyteutæ effici possit,quia imò obstat pactum contra substantiam cótractus,etiamsi nullam turpitudinem contineat,non valet,vt in *l.Cum precario. ff.de precario & l. Vbi ita donatum ff. de donat. caus. mort.*bonus tex.*in l.in conuentionibus in fi.ff.de verb. oblig.*nec enim partium voluntate effici potest, vt emptio sine pretio constituatur,vt. *l. pacta cõuenta ff.de contrah.emptio.& l.empti fides C.eo titu. & in l. naturalis in §. & siquidem ff. de præscriptis verbis.* contra substantiam autem contractus emphyteutici esset efficere emphyteutam,qui nullum ius in re emphyteutica haberet.

De interpretatione text.in c.1. in § similiter.

Non obstat secundo text.*in cap.primo,§. similiter.*vbi potest res feudalis à vassallo dari in feudum,nec vassallus in hoc differt ab emphyteuta, cum in vtrumque dominium vtile transferatur.Quia respondemus: primo, quod pro solutione considerandum est,quòd text.notab.in
26 *l.vri.ff.de vsufructu legato* inquit. Quod si testator leget vsum fructum alicuius seruitutis realis, quia seruitus seruitutis dari non potest,vsus fructus non poterit constitui : tamen vt voluntas defuncti seruetur, cogendus erit hæres incerti actione,incertum enim est quod petitur,& sine nomine,vt vsum illius seruitutis præstet, licet verè seruitus deberi nõ possit.Inquit enim lex; Nec vsus,ne vsufructus itineris,actus,viæ aqueue ductus,legati potest,quia seruitus seruitutis esse non potest,nec erit vtilè ex senatus consulto.quo cauetur,vt omnium quæ in bonis sunt vsusfructus legari possit, quia id nec ex bonis, nec extra bona sit : sed incerti actio erit cũ hærede.vel legatario,quandiu vixerit,eundi,agendi,ducendi;facultatem præstet:] & ita licet ex defectu materiæ seruitus non sit,eo tamen modo quo possit seruãda est voluntas, ita in materia nostra, & in *dicto §.similiter.* licet res data in feudum,dari in feudum iterum non possit, & res emphyteutica in emphyteusim dari non potest,quia dominium vtile dominij vtilis, sicut neq; seruitus seruitutis, dari non potest, tamen si id fiat.& inter partes õnes hoc conueniat,seruanda erit partium conuentio,non vt ille secũdus emphyteuta sit,neq; feudũ propriũ habeat, sed ex cõtractu innominato poterit conueniri, & ita *in §.similiter.*non erit proprium feudũ, sed feudum non habens propriam naturam feudi, de quo,in *titulo de feudo non habente propriam natu. feud.in vsibus feudorum* : & est regula vera, quod vbicunque feudũ constituitur alio modo,quàm secundũ diffinitionem feudi,illud feudum erit improprium,& ideò si vassallus in feudo suo cõstituat sibi alium vassallum, istud secundũ erit impropriè feudum,quia non est dominiũ,quod transeat in hunc vassallum secundum, domino remanente vtiliter primo feudatario, & ita in quæstione nostra,nõ erit cõtractus emphyteuticus,si consentiente domino emphyteuta alium efficiat sub emphyteutam, cùm non sit dominium in quo emphyteusis cõsistat,sed erit quidam innominatus,& præscriptis verbis ad eius implementum agendum erit,& erit contractus facio,vt des;emphyteuta enim iste,qui ob pensionem permittit vti re,istum secundum nõ dat (cum nullum ius reale transferat) sed facit, vt alius det pensionem,& ita actio præscriptis verbis oritur,vt in not.in *l.naturalis §.quod si faciam. ff.de præscriptio.verb.*& ita *dictus §.similiter* intelligi debet in feudo improprio, quia per eum non transfertur vtile dominium. Posset etiam ille text.intelligi, licet feudistis forsan non placebit,quod ibi trãsferatur feudum mutando vassallum,& quod sit vassallus immediatus iste vltimus,& tũc nulla vitiatur regula,sicut emphyteuta de voluntate domini,alienat emphyteusim,vt *in dict.l.fin.* & ipse non remanet amplius emphyteuta,& tenendo istum intellectum cessant omnia inconuenientia.

Non obstat etiam quod tertio opponitur de 27
*l.cum sponsus,in §.in vectigalibus.ff. de Publiciana in rem actio.*vbi sine dominio potest constitui ius emphyteuticum,vel vectigale,ergo dominium non est substantia contractus emphyteutici : quia respondetur,quod sicut datur dominium directum verum,& vtile dominium etiam verum,ita etiam datur quasi dominium directum & quasi dominium vtile,de quo *Rip in rub.num. 46.de caus.possess.& propriet.*& ex quolibet eorum producitur Publiciana in rem actio,cuius respectu potest constitui contractus, etiam emphyteuticus,& ita verum erit,quod substantia contractus emphyteutici est dominium, vel quasi dominium,& ita non obstat nostrę opinioni, quia si teneremus sententiam Doctorum sine dominio, vel quasi dominio, constitueretur ius emphyteuticum quod fieri nullo modo potest.

De generibus dominij.

Non obstat etiam quod ille, qui præscripsit rem alienam possit eam dare in emphyteusim, licet tantum habeat vtile dominium, quia considerandum est,quod dominiũ quod præscriptione quæritur,licet vtile tantum sit,tamen quodammodo iure dominij directi censetur, quia non cognoscit aliquem superiorem, nam licet 28
acquiratur tantum dominium vtile præscriptione,tamen occiditur dominium directum, vt not.gl.in *l.si ædes meæ,in § libertas in fine ff.de seruitutib.vrba.prædio.& in l.3.in §.ex pluribus in fin.ff.de acquiren.possessio.* & ita cùm non cognoscat alium, potest ipse recognosci ab alio, quia dominium suum habet eam superioritatem, quam etiam habet dominium directum.Et id, quod doctores malè in alia materia constituunt,dominium vtile superius,& inferius, potest verè in nostra materia dici,vt ille,qui pręscripsit habeat dominium vtile superius,idest quod directi dominij iure censeatur : dominium enim superius non potest dici, quod aliud dominium supra se habet,licet doctores malè id admittant, neque in iure tale dominium reperitur.

Quale sit vtile dominium quod præscriptione quæritur.

Non obstat etiam quod fideicommissarius

Franc. Sarmientus. N vniuer-

Quomodo fideicommissarius vniuersalis sit vtilis dominus.

29 vniuersalis,qui habet ius vtile , possit date rem
in emphyteusim,quia considerandum est,quod
licet fideicommissarius vniuersalis, hæreditate
restituta sit dominus hæreditatis vtilitet,tamen
singulatum terum habet etiam dominium di-
rectum:nec enim repugnat vt vnus sit dominus
vniuersitatis,alius verò terum particularium. vt
in *l.1.§ per hanc 2.ff.de rei vendicatione* , & patet e-
tiam , quia conuenit titulus,& possessio , quæ
sunt causæ directi dominij vt *l.traditionibus C. de
pactis & § per traditionem insti.de rerum diuisione.* &
ita fidei commissarius vniuersalis , & bonorum
possessor terum particularium domini sunt di-
recti,vt not.per *glo.in l.2.ff.de bon.posse.hæred. petitio
& glos.in l.prima* vbi not.*Ias.nu.1.C.vnde legitimi &
Paul.de Cast.in l.ex asse.circa finem ff.ad Trebell.* Ideò
in emphyteusim dare potest , & ita non obstat
conclusioni nostræ hæc difficultas.

Non obstat vltimum fundamentum pro cõ-
traria opinione adductum, quod sicut condu-
ctot,qui habet rem locatam potest alij locare,
ita emphyteuta possit sibi alium emphyteutam
constituere,quia respondetur,quod in locatio-
ne cessat inconueniens quod est in emphyteusi
quia de locationis substantia non est translatio
30 dominij,vt in *l.non solent.ff.locat.* sed solum ver-
satur in obligatione personali , quæ multiplica-
bilis est multiplicatis personis, quæ multiplica-
tio non cadit in dominio , quod est substantia
emphyteusis. Ex quo infertur, quod licet em-
phyteuta possit rem emphyteuticam locare etiã
ad longum tempus,ex tali locatione non trans-
feretur vtile dominium , quia non habet ali-
quod dominium quod transferat ipso remanẽ-
te domino.

Locatio ad longum tẽpus vtrum transferat vtile dominiũ.nu.33.

Circa quod notandum est, quod doctores
communiter volunt, quod locatio ad longum
tempus transferat vtile dominium,per text.qui
videtur expressus *in l.prima in §. quod autem ff. de
31 superficiebus* vbi ei,qui conduxit ad longum tem-
pus,datur in rem actio,non autem ei, qui con-
duxit ad modicum : facit text.in *l.superficiario ff.
de rei vendicatio.*de quo latissimè per *Tiraquell. in
tracta.de vtroque retract.1.part.in §.1.in glos. 14. nu.
79.cum sequent.*& licet aliqui recentiores velint
reprobare istam sententiam , vt nulla sit diffe-
rentia inter conductorem ad longum tempus,
vel ad breue tempus , quia text. qui etiam pro
communi opinione allegatur in *l.prima §.qui in
perpetuum.si ager vectigal.vel emphyt.petatur* ,qui cõ-
32 ductori ad longum tempus dat in rem actio-
nem, intelligitur etiam in conductore ad mo-
dicum,vt *l.3.eodem tit.*quæ inquit. Idem est etsi
ad tempus habuerim conductum, neque tem-
pus conductionis finitum sit.] Et ita videtur ibi
reprobari illa distinctio,quæ à doctoribus fit in-
ter locationem ad longum , vel ad modicum
tempus , tamen in hoc vera est communis opi-
nio per *dict.l.1.ff.de superficiebus.*

De intelle. l.3 ff.si. ager vectigal.

Nec obstat *dicta l.tertia:* primò quia intelle-
ctus *glos. ibidem* interpretandis ad tempus, scili-
cet non modicum,est verus , & potest sustineri

Primus intellect. dic. legis.3.

licet recentiores dicant continere diuinationẽ,
quia ibidem dicitur ad tempus,ad differentiam
locationis in perpetuum factæ , de qua supra
loquitur.& ideò bona est interpretatio , vt in l.
prima dictum sit de locatione in perpetuum in
l.vero.3.de locatione ad longum tempus , quæ
perpetua non sit.

Secundò,licet,ille tex.*in dict.l. 3.* intelligatur
de locatione ad modicum tempus , & dicatur
quod detur actio in rem,& ita non fiat differẽ-
tia inter locationem ad longum tempus,vel ad
modicum,tamen non obstat , quia particulari
ratione ex illa locatione datur in rem actio: ad
quod repetendum est,id,quod supra latiùs ex-
plicauimus,quod ille *titulus si ager vectigal.vel em-
phyteuticarius pet.* loquitur de illis fundis,qui dã-
tur ad vectigal,vel censum,& ita de fundis ve-
ctigalibus,censualibus , vel emphyteuticarijs ,
quorum hæc erat natura,vt fundus ipse domi-
no directo esset obligatus,& non persona , cui
fundus locabatur,vt in *l.imperatores ff. de publica-
nis,& vectigal.*vt autem fundus domino sit obli-
gatus , necesse est quod dominium aliquod à
domino abdicetur,alioquin res propria nõ pos-
set sibi obligari,vt *in l.neque pignus ff.de reg.iur.*eo
ipso ergo quod dominus locat fundum,eũ cen-
sualem efficiendo,vel pro pensione pignoran-
do,transfert vtile dominium , etiamsi locatio
ad modicum tempus fiat,quia in consequentiã
necessariam hoc venit.

3.Intellect. dict.legis.

Ex locatione ad non longum tẽpus aliquãdo dominium transfertur.

Et pro ista interpretatione est text. expressus 33
in *l.Proculus ff.de vsufructu. in princ.* facit tex. *in l.
Denique in § interdum.ff.de pecul.legato. cum ibi not.*
& ita debet declarari text. in *l.non solet ff.locat,*
vbi inquit tex,non solet locatio dominiũ trans-
ferre,] vt id verum sit,nisi locatio ita constitua-
tur,vt pro pensione res censualis efficiatur , vel
pignoretur,quia cũ natura pignoris sit, ex parte
pignorantis sit dominiũ, vt in *l. rem alienam ff. de
pigno.actio.*ex parte vero recipientis requiratur,vt
res non sit sua,vt *dicta l.neque pignus.ff.de regu. iur.*
necessario deducitur,quod ex prædicta locatio-
ne dominiũ transferatur,etiam si ad modicum
tempus facta fuerit, & hoc siue locatio à repu-
blica fiat,siue à priuato , cùm eadem sit ratio,
quicquid aliqui velint,vt *Pinell in l.prima,de bonis 34
maternis in 3.part.nu. 67.* cùm ita sint seruandæ
conuentiones priuatorum in contractibus suis,
sicut quando à republica fiunt.

Intellect l. non solet. ff loca.

Si autem ad longum tempus fiat locatio:sine
dubio transfertur dominiũ,vt dictum est,quod
ex natura talis locationis est,non ex substantia.
Non enim ideò minus erit locatio, si dominiũ
ex accidente non transferatur,vt in nostra ma-
teria,quando emphyteuta locat ad longum tẽ-
pus,quia nullum transfert dominium , nullum
est enim quod transferat eo domino remanẽte.

Ex quibus omnibus apparet veram esse no-
stram opinionem quod emphyteuta, etiã do-
mino consentiente,alium emphyteutam con-
stituere non potest,sed erit quidam in nomina-
tus contractus,si id fiat.

CAP.

C A P. III.

Vtrum contractus emphyteuticus sit bonæ fidei, & an de iure canonico omnes contractus sint bonæ fidei: & de intellectu text. in cap. cum dilecti. de donat. & l Titia. §. Seia. ff. de auro & argen. lega.

S V M M A R I V M.

1 *De iure canonico etiam sunt contractus stricti iuris*
2 *Intellectus cap. cum dilecti de donation.*
3 *An fauore religionis debeat fieri in maiori quantitate interpretatio, & de intellect. l. Titia §. Seia. de aur. & argent. legat.*
4 *Nouus sensus dicti. §. Seia.*
5 *Doctores errant in intellectu, c. cum dilecti.*
6 *Donatio, an sit proprie contractus.*

CVm materiam iuris emphyteutici semel interpretari cœpetimus. Videndum est, an emphyteusis contractus sit stricti iuris, vel bonæ fidei. & cõmuniter *docto. post Specul. in tit. de locato. §. nunc aliqua. vers. 3. & ibi Io. Andr. in Addi. & Bal. in l. 3. 13. diff. de iure emphyteutico. vbi etiam Ias. numero. 76. & Cardi. num. 7 in dict. c. potuit.* volũt quod sit contractus stricti iuris, tam iure canonico, quã ciuili.

Et pro huius quęstionis explicatione, notandum est, quod aliqui volunt quod omnes contractus de iure canonico sint bonæ fidei, vt *Bal. in cap. primo ad fi. de plus petitioni.* quem referunt recentiores, *in §. actionum. inst. de actio.* sed eius opinio falsa est. Non enim dicuntur aliqui contractus bonę fidei, ad differentiam aliorum cõ-1 tractuum, qui sint malæ fidei, nam nec iure ciuili admittitur mala fides in contractibus, vt in *l. si quis cum alter ff. de verbo. obliga.* Sed ex eo dicuntur bonæ fidei, quia in eis magis exuberat bona fides, vt ex æquo, & bono in eis maximè procedatur, non ex rigore iuris ciuilis, vt *l. bona fides ff. deposit.* facit bonus text. *in l. codicillis. §. Lucius ff. de lega. 2.* Et ideò æquitas iuris canonici non repugnat, vt reperiantur contractus stricti iuris.

Bona fides qualiter accipiatur.

Et quod etiam iure canonico sint actus stricti iuris, probatur, nam & præscriptio, quæ bonam fidem requirit, maximè iure canonico stricti iuris est, vt in *cap. cum contingat* & ibi not. *de decimis,* & latissimè per omnes. not. in *cap. auditis de præscriptio,* bonus text. cum glos. *in l. pri. in §. hoc interdicto ff. de itinere, actuque priuato.* & idem est in consuetudine quæ etiam iure canonico stricti iuris est vt not. in *cap. fin. de consuetudine.* Et idem dicimus de sententia, quę stricti iuris est, vt in *l. Marcellus & in l. Cùm prætor ff. de iud. & in l. diuus ff. de re iudic.* facit text. cum ibi not. in *l. prima, C. si aduers. rem iudi.* notat *Bart. in l. Iulianus verum debitorem in 3. colu. ff. de condictio. indeb.* & per *Felin. rubrica de re iudic.*

Præscriptio est stricti iuris.

Et quod de iure canonico seruetur idem,

Franc. Sarmientus.

quod seruatur de iure ciuili, ex eo apparet, quia aliàs ex ista bona fide, & æquitate canonica, constitueretur maxima iniquitas vt idem exigeremus à donatario, quod à venditore exigimus, quod neque iure canonico, neque ex aliqua certe ęquitate admittitur, vt in *l. ad res donatas ff. de ædil. edict.* Ad res donatas, inquit *Modestinus,* edictum ædilium curulium non pertinere dicendum est, quid enim se restituturum donator repromittat, quando nullum pretium interuenit? quid ergo si res ab eo cui donata est melior facta sit, nunquid quanti eius, qui meliorem fecit interest, donator conueniatur quod minimè dicendum est, ne eo casu liberalitatis suæ donator pœnam patiatur Itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quę in rebus venalibus ædiles repromitti iubent.] Quod prouerbio nostro Hispano rectè explicatur, & idem apud Diuũ Hieronymũ legitur: Noli dentes equi inspicere donati de quo parœmiographus meminit. Si enim materiã ligneam, vel lapideã, qualis est materia contractuum stricti iuris, velimus extendere, vel diducere, sicut materiam plũbeam, seu auream, qualis est materia cõtractuũ bonæ fidei, nõ esset ex bono & æquo procedere, sed materiã corrumpere Nam vt elegãter *Cicero in 3. offic.* refert, Q. quidẽ Scæuola Pontifex maximus, summã vim esse dicebat in omnibus ijs arbitrijs, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonæ nomen existimabat manare latissimè, idque versari in tutelis, societatibus, fiducijs, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitæ societas continetur, in his magni esse iudicis statuere, præsertim cum in plerisque iudicia essent contraria, quod quemquam cuique pręstare oporteret.] Quis enim negare poterit aliter cum fœneratore agendum; aliter, cum eo, qui depositũ vt amicus recepit, de quo *Aristo. particul. 29. problema. 2* cuius ratio verissima est, licet ea non placeat *Alciato lib. 2. Parerg. cap. 36* æquissimũ enim est, vt si depositarius dolu versetur, durissimè cum eo agatur, aliter quam cum fœneratore, vt in *l. qui depositum. C. deposit.* si verò sine fraude sit, illi maximè succurratur, vt *in l. quod Nerua ff. deposi.* & hoc elegantissimè explicat *Aphricanus in l si seruus cõmunis per totam legem ff. de furt.* Sed solũ eius verba referemus in versicu. quod vero. Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait. Num æquè dicendum sit omninu damnũ præstari debere, & quidem hoc amplius, quàm in superioribus causis seruandum est, vt etiam si ignorauerit is, qui certum hominem emi mandauerit furem esse, nihilominus tamen damnũ decidere cogatur, iustissimè enim procuratoré allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset, idque euidentius in causa depositi apparere, nã licet alioquin æquũ videatur nõ oportere cuiquam plus damni per seruũ euenire, quàm quanti ipse seruus sit, multo tamẽ æquius esse, nemini officium suũ, quod eius cum quo contraxerit, non etiamsi cõmodi

Ex æqualitate omnium contractuũ resultat maxima iniquitas.

Contra Alciatum.

causa, susceperit, damnosum esse.] Circa quem text. nisi breuitati consuleremus essent multa dicenda, sed vide *Barto. in l. si procurator colu. 1. in fi. ff. de condictio. indebi. & in l. quod Nerua. nu. 30. ff. deposit. & Bal. in l. falsus col. 10. C. de furt. cum sequent. & in l. qua fortuitis 7. colu. nu. 20. C. de pignor. actio. & Albe. in l. 1. nu. 16. C. de summ. Trinit. & fid. cathol. Deci. consi. 686. nu. 6. & 665. nu. 4. Hippo. in rub. ff. de fideiuss. nu. 186. & 193 tex. in l. exceptione. ff. de fideiuss. & l. Quintus ff. mandat. & Paris. consi. 151 nu. 30. cum sequent. 4. vol.*

Ex his apparet equitatem exigere, vt non vna regula omnes contractus iudicentur, ideoque idem iure canonico, quod æquitatem maximè respicit, est obseruandum, imò etiam in iure canonico videtur quodammodo expressum, quod sint cōtractus stricti iuris, in quibus summo iure sit agendum, & bonæ fidei, in quibus de bono & æquo: nam in *cap. cum venerabilis de exceptio.* argumentatur textus, loquens de permutatione, dicendo, quod est contractus bonę fidei, quasi sentiat non omnes contractus esse bonæ fidei, alioquin argumentum specialiter in illo contractu non concluderet, si id esset communne omnibus contractibus.

2 Sed licet dicta opinio, quod iure etiam canonico sunt contractus stricti iuris sit vera, est tamen textus fortissimus ex quo videtur cōtraria illa opinio Bal. probari, quòd omnes contractus de iure canonico sint bonæ fidei, in *cap. cū dilecti de donat.* licet doctores hoc non considerent. Ibidem enim textus loquendo de quadam donatione, & eius interpretatione, quam fecerat quidam Alanus, inquit tex. illam donationē latissimè esse interpretandam. Quia in contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficijs quoque plenissima est interpretatio adhibenda. Ecce text. vbi in donationibus sit plenissima interpretatio, illud enim verbum beneficijs, vt ratio sit conformis questioni, pro donationibus sumitur, & tamen nullus est contractus iuris strictioris, quàm sit donatio, vt in *l. eum qui ff. de donation.* ergo ibidem probatur, quod contractus, qui de iure ciuili est strictissimi iuris, iure canonico sit bonæ fidei, & latiùs interpretādus, quàm sit vltima voluntas interpretanda.

De interpretatione c. cum dilecti de donatio. & inf. num. 5.

3 Ad illum text. (si sequeremur intellectū aliquorum tenentium quod fauore religionis, in dubio fiat interpretatio, vt videatur promissum id, quod est maius, & ita lanssimè in fauorem religionis fiat interpretatio, vt in *l. Titia §. Seia ff. de auro & argent. lega.*) clara esset solutio. nam *dict. cap. cum dilecti*, apertè loquitur in donatione facta Ecclesiæ, vel pio loco, & ita licet donatio sit de sua natura stricti iuris, tamen quando fit Ecclesiæ, seu pio loco, latissimè est interpretanda. Sed hic intellectus defendi posset, si in *dict. §. Seia* haberemus literam æream, aut argenteam, nam in illo tex. quidem testator iussit, vt in æde sacra ab hæredibus suis poneretur signum Dei ex centum libris, quærantur, an ex auro, argento, vel ære illud signum poni debeat, & respon-

De intelle. l. Titia. in §. Seia. ff. de aur. & arg. lega.

det textus, quod si in illa æde solùm signa sint ærea, vel argentea, quod argenteum ponendum erit. Et sic quod maius est, legatum videtur. Et istam literam habuit *Bart.* quam agnoscit *Oloander in castigatio.* suis, vt refert *Episcopus Segobien. in cap. indicante numero 5. de testament.* Sed in alijs libris dicitur, quod in illa æde sola aurea velargentea signa erant, inquit enim textus. Seia testamento ita cauit, si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam: sin minus autem ab hæredibus meis fieri volo iubeoque signum Dei ex libris centum in illa sacra æde, & in patria statui, cum subscriptione nominis mei. Quęsitum est cū in eo templo non nisi aut aurea aut argērea tantū sint dona, hæredes Seię, vtrùm ex auro, an ex argento signum ponere compellendi sint, an æreum: Rę spondi, secundum ea, quę proponerentur argenteum ponendum.] Quam literam habuerunt recenti. *Iasan l. si ita scriptum in coln. penul nu. 37. de leg. 1. & Dec. in l. semper in obscuris num. 6. ff. de regu. iur. & Tiraquell. in tract. de priuileg. pia caus. pri. 25.* sed dubitatum fuit apud antiquos, quæ litera esset melior, vt *ibidem* refert *Albericus.*

4 Pro ista secunda parte facit text. in *c. ex parte. de censi.* vbi votum factum D. Iacobo, de soluendo mensuram tritici, intelligitur de minori, nec potest sustineri intelle. *Abb.* vt eum referunt supradicti, quod ibi votū debet solui minori mensura, quia id nō exigit Ecclesia, sed Ecclesiasticę personæ, quia ratio illius text. habet etiam locū in Ecclesia: nam si Ecclesiasticæ personæ debēt respicere æquitatem, nec summo iure exigere, multo magis hoc debet Ecclesia facere. Item quia vt bene aduertit *Decius* licet id exigāt personæ Ecclesiasticæ, exigunt tamen in vtilitatem Ecclesiæ in cuius fauorem votum est emissum, sed si rectè inspiciatur, *Abb.* distinguit, an obligatio respiciat diuinum cultum, vel secus, vt priori casu quod maius est, posteriori autem quod est minus, etiam ab Ecclesia exigatur, distinguit etiam inter legatum & votum, sed verius est semper minus deberi, nisi coniecturis aliud colligatur.

De interpretatione, c. ex parte de cens.

Intellectus Abb. qui reprobatur.

Ad *dict. §. Seia.* habendo hanc vltimam literā, qoam nunc habemus, non est necessāria respōsio, cùm concordet cum supradictis, quę litera videtur magis consona iuri, vt in *dicto c. ex parte.* & etiam ipsimet textui, qui ex eo vult ostendere, statuam ęream non esse ponendam, quia similis illis, quæ ibi reperiūtur, poni debeat, quod argumentum non concluderet, si esset in litera ærea, quod videtur colligi ex responso eiusdem *Scæuola in præcedenti §. qui incipit Sempronię,* in quo etiā eandē rationē sequitur, vt secūdùm species, quæ reperiuntur interpretetur testatoris dispositio, quod etiā facit sæpissimè *Scæuo. in illo titu. vt in l. Seia dulcissima, & in l. Medic. & in l. Vxori. & in l. qui vxori in § mulier.* & hæc litera ex alia etiam ratione videtur verior: nam cùm ad quæstionem determinandam iurisconsultus adducere videatur, in eo templo non quælibet signa, neque vulga-

vulgaria apponi solere, credendum est non æreа ibi reperiri, sed aurea vel argentea tantum: nam si vulgaria, & nõ vulgaria ponerentur, hoc nihil conferret ad sententiam Scæuolę, qui æreũ & vulgare signum negat esse ponendum: debet igitur esse in litera aureum, & non æreum, alioquin ratio illa, Cum in eo templo non nisi ærea, aut argentea sint dona] nihil ad sententiã conferret, quam text. probat, & malè iurisconsultus in ea vim adhiberet, cùm potius id augeret difficultatem, quàm eius opinionem astrueret. Item videtur quod etiam si regula Bar. esset vera, quod debeat solui id, quod maius est, in operis pij fauorem, tamẽ summa est adeò magna, si de auro intelligeretur, vt non sit verisimile, de eo sensisse testatorem: sed cùm iuris consultus, nec patrimonij quantitatem, nec testantis qualitatem exprimat, non potest ex hoc sumi necessario concludens argumentum, nec in hoc ille tex. aliquo modo nititur, cùm & patrimonij quantitas legato, vel duorum milium, vel decem milium aureorum plus minùsve, forsan non repugnaret, ideò melior est supradicta interpretatio, vt cessante omni alia cõiectura pietatis sola nõ sufficiat, & opinio Bar. vera non sit, & vi. tex. in *l. qui lancem de au. & argent. lega.*

Quod si sequi velis litteram, quam antiquiores agnouerũt, vt text. dicat, Cùm in eo templo nõ nisi ærea, aut argentea sint dona] possumus etiam dicere, quod non nocet supradictę opinioni, quæ verior est, vt probatur in *dict. c. ex parte.*

Singularis intellectus.

Nam in *dict. §. Seia.* Ideò quod maius est debet solui, quia ex mente testantis hoc colligitur ex præfatione, in qua magnã rem legare, videtur innuere, quia dicit: Si mihi per conditionẽ humanam contigerit, ipsa faciam, si minus autem ab hæredibus meis fieri volo,] quę verba magis statuam ex argento, quàm ære intonare videntur, nam quid dignum tanto feret hic promissor hiatu, si centũ librarum æris statua esset inferenda? ad quod etiam faciunt verba. tex. Cum subscriptione nominis mei. vbi honoris causa, hoc iubet, quod in legato paruo magis foret in contumeliam, vt in *l. at si quis in § iudex ff. de religios. & sumpt. fune.* Denique ibi concurrunt plura, scilicet legatum Ecclesiæ, & insignũ Dei, & vanitas inscriptionis nomini, cum verbis satis turgidis, quæ statuæ æreę non cõueniũt: fac optimus tex. *in l. sed & si susceperit in §. si. liberis per totum. § maximè in fi. ff. de iudic.* ibi nec enim verisimile est testatorem qui honorem habitum voluit &c. tã modica fideicommissa pręstari voluisse.] Sola remanet difficultas, quæ non minima videtur,
5 in respondendo ad text. in *dict. c. cum dilecti. de donatio.* Sed ille tex. non constituit aliquid speciale pro Ecclesia, cùm ibidem regulæ generales proponantur, tam circa testamenta, quàm contractus.

Iterum de intellect. c. cum dilect. vid. supra. num. 2.

Quo autem modo, vel ratione in donationibus, quæ stricti iuris sunt, vt in *l. eum qui supra allegata & in l. Campanus ff. de operum libert. & in l. Cum de indebito. ff. de probatio.* fiat latissima interpreta-

Franc. Sarmientus.

tio, non leuis est difficultas. Nam quod doctores, *Ioan. Andr. in Sũmario, & Imol. & Abb. post glos. & Hostien. in fine, in dict. c. cum dilecti.* volunt, quod ibidem fiat interpretatio latissima, tanquam in beneficijs, ex argumento *l. beneficium ff. de constitu. princip.* nihil habet cum veritate commune, est enim contra dictas leges, quæ strictissimam in donationibus faciendam interpretationem statuunt.

In contractibus etiã stricti iuris mens est attendenda

Ideò considerandum est, quòd licet donatio etiam Ecclesiæ facta sit stricti iuris, & strictè sit interpretanda, tamen non adeò stricte interpretari debet, vt excludatur intentio contrahẽtis, etiamsi verba quodãmodo repugnent. textus est singularis in *l. C. de donation. quæ sub modo.* vbi donatio facta sub ea conditione, si emancipetur, adimpletur absq; emancipatione, si morte patris filius sui iuris efficiatur, & ita in contractibus etiam strictissimi iuris, debet fieri interpretatio, vt non excludatur intentio donantis, etiam si verba repugnent, & hoc modo debet fieri plena interpretatio, etiam in contractibus stricti iuris, quod etiam probat textus in *dicto cap. cum dilecti.* ibi. Euidenter apparet quod hæc fuit mens, & intentio donatoris, &c.] Et ita argumentatur text. quod illa mens contrahentis excludi nõ debeat, quia in omnibus iuris dispositionibus, ita assumi debet interpretatio, vt intentio disponentis non excludatur, & hoc à sufficienti enumeratione probat text. Nam si assũmamus contractum, (etiamsi stricti iuris sit qualis est donatio) debet fieri plena interpretatio, vt intentio non excludatur, si assumimus vltimam voluntatem, in ea plenior, si principũ beneficia, plenissima debet fieri, nulla ergo est in iure dispositio, siue iuris stricti sit, siue latioris, siue latissimi, quæ ex intentione disponentis interpretationem non recipiat, & ita prima pars argumenti respicit propriè quæstionem ibi positam, secunda vero, & tertia pars argumenti ex alijs materijs assumitur, in quibus etiam intentio agentis inspicienda est, & ita quidem verbũ illud, beneficium, non pro donatione ibi facta accipitur, sed pro beneficio Principis, sicut aliàs in *dicta l. beneficium ff. de consti. Princip.* vt optimè interpretatur *glos. in l. Princeps bona. ff. de verbor. significatio.* & ita doctores *in dict. cap. cum dilecti.* errant in summario illius textus, dicentes in donatione plenissimam fieri interpretationem, cũ textus hoc non dicat, sed potius ita summari debeat, in donationibus, etiamsi stricti iuris sint plena est facienda interpretatio, vt intentio donantis non excludatur, nulla enim ita stricti iuris est dispositio, etiam si odiosa sit, in qua interpretatio ex intentione disponentis non admittatur. Et ea ratione lata fieri debet interpretatio vt videmus in statutis, vt not. *in l. tale pactum ff. de pactis. & in pœnis, vt in l. si quis adulterium ff. ad l. Iuliam. de adulter.* ibi. Verbis non tenetur, sed tamen dicendum est, vt teneatur, ne fraus fiat.] Bonus textus *in l. sed Iulianus, mutui datione & in l. 4. §. penulti. ff. ad Senatum. Macedo.* bonus

Error doctorum.

textus

ab alijs contractibus distincta, vt in §. *Item pretium. de empt. & vend. & in l. prim. ff. eodem tit.* emptio enim species est alienationis, & ita est nomen speciei, non generis, & licet ad positionem speciei sequatur positio generis, nõ tamen totius generis, qui enim hominẽ dicit, animal dicit, non tamen omne animal, primum probatur in *l. si quid earum. §. interruptum. ff. de leg. 3. & in cap. excommunicamus. in 1. & 2. de hæreticis.*

De interpretatione l. statu liberi §. 5 de statu liber.

Secundum probatur in *l. si is qui ducenta in § vtrum. ff. de rebus dubijs.* & not. in *c. 1. per quos fiat inuestitura in vsibus feud. super verbo de suis rebus, in fin.* & ita ad positionem venditionis alienatio ponitur, sed non omnis, sed ea tantum, quæ per vẽditionem contingit. Non obstat tex. in *l. statu liberi §. Quintus Mutius. supra allegatus*, vbi dicitur, venditionis verbo omnem alienationem complecti, quia imo ex illa lege colligitur regula, quæ potius pro nostra opinione facit, quod ita demum emptionis verbo omnis alienatio cõpræhenditur, quando lex habuit rationem dominij, & sic respicit effectum translationis dominij, non autem modum alienandi, quia quãdò ratione alicuius certi effectus dispositio inducitur, non modus, sed effectus attenditur, vt dicit *Alber. in l. 1. 3. col. C. Vt nemo priuat.* quod probatur in *l. si mater. C. de institu. & substitu. sub. condi. fact. & in l. Si mulier. ff. ad Trebell. & in l. fideicommissa §. si cui ita de legat 3 & in l. si ita. ff. quando dies legati cedat. & in l. Gallus. §. at quid. si tantum. ff. de lib. & posth.* text. in *l. fi. C. de dona. quæ sub modo. & in l. sed & mortis. §. 1. ff. de dona. inte vir. & vxorem. & ita in dict. §. Quintus*, lex habuit rationem dominij & quodammodo de emptore obiter, & exempli causa loquitur, ideò ad omnem dominum, & ad omnem alienationem refertur. Ex quibus omnibus colliguntur duæ regulæ.

Prima, quod ex vi verbi emptionis, & venditionis, nullus alius contractus, quàm venditionis compræhenditur, & ita leges quæ de emptione loquuntur solum in emptore intelliguntur, quia est nomen speciei, quod genus non cõprehendit, vt suprà probatum est.

Secunda est regula, si ratio legis loquentis de emptione talis est, quę etiam in alijs contractibus versetur, licet vis verbi id non comprehendat, ratione tamen legis euincitur, vt alijs contractus comprehendatur, & etiam alij actus, qui contractus non sunt, vt sententia, vt in *dicto. §. Quintus.* Et hæ sunt certiores regulæ, quam illæ, quas ponit *Anton. de Burg. in rubric. ext. de emptio, & vendit, nu. 19. cum sequent.* licet nõ male loquatur: in nostra autem materia lex fina, quæ de venditione loquitur, nõ potest trahi ad donationem, quia illa qualitas, cum qua in venditione dispensatum est, scilicet vt requiratur dominus an velit offerre idẽ pretium, ad donationem, & alios contractus non potest adaptari, & ex his etiam respondetur ad *l sicut in. §. venditionis ff. quibus modis pignus vel hypothec. soluitur.* Et ita verum est venditione permissa, emphyteutæ non esse permissam donationem.

Vide quæ Turrecre. in c. sicut n. 8 1 q. 2. Abb. c. 1. in princip de his quæ fiũt. à prælat.

Non obstat etiam secundum argumentum 15 in *l. si domus. §. fi. ff. de lega. 1*, vbi emphyteuta potest legare rem emphyteuticam, quod donare est, quia possumus respondere duobus modis. Primo, quod licet donatio prohibita sit, non tamen videtur prohibita illa, quæ per legatum fit, vel causa mortis, quia res prohibita alienari, potest alienari alienatione necessaria, vt in. *l. pri. ff. de fund. dotali.* alienatio autem quæ fit per vltimam voluntatem, omnimodo necessaria est, quia morte emphyteutæ, necessario mutatur dominium, & res emphyteutica de vna persona in aliam, & sicut emphyteusis perpetua, de qua nunc agimus, morte emphyteutæ transitura est ad hæredem, ita eo modo poterit ad legatarium transferri, quia legis interpretatione, legatarius in re sibi legata loco hæredis est *l. in cõuentionibus ff. de verborum significatione.* vbi inquit *Papinian.* Cùm igitur ea lege fundum vectigalem municipes locarint, vt ad hæredes eius, qui suscepe rit pertineret, ius hæredum ad legatarium quoque transferri potuit.] Bonus text. in *l. Id tempus. §. fi. ff de vsucap.* fac elegans. tex. in *l. Si stipulatus fuerim. in prin. ff. de verb. obligatio.* iuncta *l. si sic. §. si quis ita ff. de lega. 3.* & ita cùm sit diuersa ratio, non sequitur prohibita donatione prohiberi etiam legatum, vel e contrario permisso legato permissam esse donationem aliam, quàm eam, quæ ex vltima voluntate contingat. Et ita verum puto emphyteusim perpetuam sicut transit ad hęredes, ita posse etiam transire ad legatarios, vt dictis legibus probatur.

Intellectus l. si domus in. § fin. ff. de legat. 1.

Secundo modo possumus respondere ad dictam *l. si domus. §. fina.* quod illa lex, vel vlla alia digestorum non possit allegari contra nostram opinionem, quia vt supra ostendimus, digestorum tempore fundus emphyteuticus alio modo sumebatur, antequam per Zenonem, & Iustinianum noua forma, nouum nomen. & natura inducta fuerunt in contractu emphyteutico: quia olim non solũ donari, verũ etiã quolibet modo alienari poterat, vt latiùs supra explicatum est, quia non obligatio personalis, sed realis, contrahatur, & obligatione reali potest quis se liberare per rei translationem, vel dimissionem, non autem à personali, vt probatur in *l. cũ fructuarius. in fin. cum l. sequent. ff de vsufructu. & supradictum est.*

1. Intellectus. dict. l. si domus. §. fin.

Non obstat tertium argu ex *l. pri. C. de fundis patrimonialibus. lib. 11.* quia ad illam legem possumus multis modis respondere. Et primo vt aliqui volunt cum glos & Bartol. esse speciali in emphyteuta fisci, vt possit rem emphyteuticam libere donare, quia non interest fisco, sit res apud vnum, vel apud alium cùm habeat actionem realem, quæ fundi sequitur possessorem, vt in *l. imperatores ff. de publica. & vectigal. & per totum titulum. C. si censu vel reliquis &c.* secus autem in priuato, quia si res emphyteutica alienetur, non habet contra possessorem aliud remedium, quam agere rei vendicatione, & probare dominium, quod difficillimæ est probationis

Intellectus l. 1. C. de fund. patrimon. lib. 11.

bationis, vt in *l. vis eius & in l. proprietatem. & in l. proprietatis. C. de probation.* Sed hæc solutio ad *dictam l.* primam placere non potest, quia cùm ius emphyteuticum eo tempore super re, quasi census imponeretur, etiam priuato daretur ius in rem, quod sequeretur fundi possessorem, ideò nulla potest constitui ratio differentiæ inter fiscum, & priuatum. Verior itaque est solutio, quod tempore illius l. primæ ante Zenonem, & Iustinianum, ius emphyteuticum erat ius quoddam censuale, quod rem afficiebat, non personam. Ideò libere poterat alienari, quia transibat cum onere suo, vt supra latius dictum est.

2. Intellect. ad dict. l. 1. Potest etiam alio modo intelligi illa lex prima: quod emphyteuta siue sit fisci, siue priuati, possit rem emphyteuticam donare sub ea conditione, si dominus directi dominij consenserit, in qua specie dubium non est valere talem donationem, vel alienationé, argumento tex. nor. in *l. si quis locuples. ff. de manumiss. testament.* nec erit contra nostram opinionem, quia in hac alienatione attenditur consensus domini, quem nos in nostra opinione requirimus, & hic intellectus videtur quodammodo probari *in dicta l. prima, ibi Salua. l. fisci.* &c. Sed magis placet præcedens intellectus, qui planus est, & sine aliqua diuinatione.

Ad quartum non obstat etiam tex. in *l. fi. C. de prædijs decurionum lib.* 10. vbi prohibita venditione vel alienatione nõ prohibetur donatio, quia respondetur, quod verũ est quod prohibita véditione non videtur prohibita donatio: & ita *si in dict. l. fi. C. de iure emphiteutico.* esset sola prohibita venditio, admitteremus quidem non esse prohibitam donationem iuris emphyteutici. Sed ibidem non solùm venditio, sed & omnis alienatio sine domini consensu prohibita est, nec etiam obstat, quod in illo titulo de prædijs decurionum, vt ex rubrica patet, omnis alienatio sit prohibita: quia respondetur, vt ipsamet *lex fi.* dicit, quod ibi est prohibita alienatio sub commemoratione pretij, quo casu sola venditio, in qua de substantia est pretium, prohibita videtur, & secundum istum modum intelligendi, qui expresse in textu ponitur, debet intelligi rubrica: quæ licet generalis sit, per illas leges debet interpretari, & ad istum intellectum facit gloss. vulgaris in *l. cum dotem. C. de iure doti. & in l. illicitas. in gloss. 1. ff. de offi. præsid.* facit glos. in *l. si ex pretio. in glos. 1. C. si cert. peta. cum infinitis cumula.* per *Tiraquellum in tracta. de vtroque retract. in §. in glos. 2. 1. in princip.*

Nec obstat quod etiã in l. fin. C. de iure emphiteutico, fiat mentio de pretio in pluribus locis eiusdem legis, quia id verum est in ea parte, in qua cum venditione dispensatur. In prima autem parte, vbi alienario sine consensu prohibetur, nulla fit mentio pretij, sed generaliter, & indistinctè sine mentione pretij regula ponitur & ita prædicta inductio magis facit pro nostra opinione, licet malè aliqui vt *Bero. in dict. c. potuit.* existiment argumentum istud facere pro communi opinione.

17 Non obstat etiam quintum argumentum ex text. *in §. adeo. insti. de locato.* vbi expresse permittitur donatio rei emphyteuticæ, quia ille textus, si rectè cõsideretur, magis facit pro nostra opinione: ad quod considerandum est quod in illo §. non solùm donatio, verùm etiam venditio, & omnis alienatio sine aliqua denuntiatione admitti videtur: quo fit, vt ille textus vel ius antiquũ respiciat, quo rei emphyteuticæ libere erat permissa alienatio, vel illa verba, quæ in illo textu ponuntur, sunt verba contrahentium, nõ ipsius textus dispositio. Primum quod ibidem ponatur ius antiquum apparet, quia textus fingit quæstionem, quam dicit esse apud veteres controuersam, vt patet ex eo textu, ibi. Sed talis cõtractus quia inter veteres dubitabatur] & ita ille tex. interpretetur, vt supra interpretati sumus text. *in l. 1. ff. si ager vectig. vel emphyt.* De intellectu §. adeo de locato.

2. Intellect. ad dict. §. adeo. Secũdo modo, & hic intellectus erit clarior, quod ibidem sint verba contrahentiũ, qui etiã hodie possunt circa rem emphyteuticã pacisci, vt sine consensu domini alienari possit, vt in *eadem l. fin. C. de iure emphyteutico.* probatur, & quod illa verba fuerint contrahentiũ, apparet ex text. inquit enim. Adeo autẽ aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & védinio, item locatio, & cõductio, vt in quibusdã causis quæri soleat, vtrum emptio & venditio cõtrahatur, an locatio, & conductio.] Et subiungit exemplum his verbis. Vt ecce de prædijs, quæ perpetuo quibusdam fruenda trahuntur, id est, vt quãdiu pensio, siue redditus præstetur pro his domino, nec ipsi conductori, nec hæredi eius, cuius conductor, hæresue id prædium vẽdiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit aliòue quocũque modo alienauerit, auferri liceat] quod exẽplum in primis verbis quæstionis, *vsq; ad versiculum, id est*, cõsistere nõ potest: tradere enim fruẽdum prędium sine alia conuentione, esset notissima constitutio vsusfructus. Non obstante illo verbo *perpetuo*] quod in materia vtendi, & fruẽdi ad vitam interpręratur arg. tex. *in l. prima ff. pro socio.* & facit tex. *in l. antiquitas. C. de vsufructu.* ideò necessario dicendum est illa verba quę sequuntur, id est, & cætera, referre modum, & formam sub quibus contractum est.

Quod etiã patet, quia in emphyteusi requiritur constitutio pensionis, vt omnes fatentur, & tamen de pensione *ante versiculum, id est*, non est facta mentio, ideò necessario dicendum est *illũ versic. id est*, respicere formam sub qua contractũ est, & quod hoc sit verum, apparet euidenter ex Theophilo illius textus authore, quia in institutionibus suis illa dictio, id est] que facere videbatur difficultatem, deficit. Qui etiam postquã posuit prædictum contractum à partibus celebratum, cum prædictis omnibus alienandi conuentionibus, subiungit. Quoniam inter veteres dubitabatur, quinam contractus hic esset] quasi manifestè ostẽdens vsque ad illum versiculum, propo-

propofuisse factum,& formam sub qua contractum est, in eo autem versiculo,super illo contractu de iure quaerere.

Item hoc apparet,quasi illa verba essent verba iuris,& non facti,vel contractus, constitueretur ibi regula ex diametro contraria illi regulae,quae ponitur in *l.fi.C.de iure emphyteutico.* Item etiam loquendo de venditione, essent praedicta iura contraria,quia in *dict.l.fin.*in venditione requiritur denunciatio , vel requisitio, quae in
18 *dicto §.adeo* non requiritur. Ideo necessario dicendum est in textu illo *dicti §.adeo.*nō poni naturam legalem contractus emphyteutici, sed partium expressam conuentionem , quae poterant etiam in contrarium conuenire,vt res non alienetur.Ideò autē Imperator eligit illud exēplum in quo res expressè est permissa alienari,vt ostenderet similitudinem,quam hic contractus cum venditione habet,quae ex hoc pacto maximè ostēditur.Quia si emphyteuta ex pacto alienare potest,ergo efficitur dominus, sicut emptor,si enim fingeretur casus in quo conuētum esset,vt non alienaretur, nihil ferè commune haberet cum venditione,sed omnimodo vincerent iuris consulti,qui hunc contractum locationem affirmabant, cùm conductor vendere non possit.vt in *l.Non solet.ff.locati.*& *l.Si quis conductionis.C.de locato.*& in *l. Ad probationem.* & in *l. Qui rem propriam eodem tit.*Item etiam quia quoad pensionem non venditioni,sed locationi similis est,ideò necessarium fuit proponere quaestionem eo modo , vt vtriusque opinionis rationes ostenderētur.Denique in illo §. solum quaeritur de substantia contractus emphyteutici,non de natura.Natura enim propria non ibidem constituitur, sed in *l.Zenonis,& in legibus nouis Iustiniani*,vt ibidem textus in *dicto §. adeo.* expresse dicit ibi.Lex Zenoniana lata est,quae emphytheoseos cōtractus propriam statuit naturā.

Et hic intellectus manifestissimè probatur, quia ante legem Zenonis,& Iustiniani,aut contractus emphyteuticus sine obligatione personali celebrabatur,vt constituendo fundum cēsualem,vel vectigalem, qui emphyteuticarius dicebatur,vt supra latè deduximus, in qua specie non loquitur nostra opinio, neque textus in l.fi.aut celebrabatur cum obligatione personali,vt persona emphyteutae obligaretur ad soluendum canonem personaliter, & hoc casu ille contractus erat contractus innominatus,qui de iure nouo est effectus nominatus.vt *dicta l.prima C.de iure emphyteutic.*& suprà dictum est. Si ergo erat contractus innominatus, otiebatur actio praescriptis verbis,vt in *l.iuris gentium.in princ.ff.de pact.*quę actio ostēdit illum contractum nullā aliam habere naturam,quam quae ex praescriptis verbis ostenditur. Quo fit,vt ille contractus solum naturam conuentionalem habeat, non legalem aliquam propriam naturam. Et ideò si conueniat,vt emphyteuta personaliter sit obligatus ad pensionem,ex contractu innominato emphyteutico (erat enim innominatus ante Zenonem)dubium erit,an possit rem alienare. Haec quaestio non poterit decidi ex natura ipsius contractus propria , sed regulis communibus decidenda erit, quae constituunt , vt obligatus personaliter, obligationem inuito creditore mutare non possit.vt supra latiùs probatum est. Si qua igitur propria natura in *dict.§ adeo*,ponitur, vt alienari possit , ea erit, quae ex conuentione,& quae ex praescriptis verbis ipsius contractus colligitur, ex quibus apparet verus sensus dicti.§.adeò.& verus sensus *l.prima.ff. Si ager vectigal.*quae eundem sensum recipit & habet,& per hoc est responsum ad 5. & 6. difficultatem quod in illis contrarijs legibus ponatur natura conuentionalis,non legalis.

Non obstat etiam septima difficultas quod 19 emphyteuta,dominium vtile habeat , & natura dominij sit,vt qui id habeat,alienare possit,quia id verum est,nisi aliquid extrinsecus impediat. Accidit enim aliquando vt qui dominus sit, alienare non possit.]vt in principio insti. quibus alienare licet, vel non. & in §. *nunc admonendi. eod titul.* vt in minore,Ecclesia,& marito ac alijs, vt latiùs diximus in libello de Redditibus Ecclesiasticis.4.parte.cap.6.in num. 11.& ita licet emphyteuta dominus sit , alienare non potest, quia natura obligationis personalis, qua ipse constringitur,hoc efficit,vt mutari emphyteuta sine domini consensu non possit. Item ne dominus,qui creditor est,in plures aduersarios distrahatur,qui cum vno contraxit, vt supra dictū est,& ita naturam dominij generalem, quae est vt alienari possit , immutatur à natura speciali obligationis personalis, quae in contractu emphyteutico versatur.Et hoc probatur, quia aliàs fatendum esset,emphyteutā posse libere vendere irrequaesito domino quod in *dicta.l. fin.*expresse prohibetur.Item hoc efficeret,vt regula dictae l. fi.quae negatiua est affirmatiuè deberet concipi.

Aliquando dominus alienare nō potest.

Non obstat insuper octaua difficultas,quod in *dict.l.fina.* permittatur emphyteutę,vēditio,vt commodum emphyteuta ex meliorationibus suis consequi possit : idque commodum in donatione versetur , quia licet commodum emphyteutae in illa permissione lex respiciat, tamē respicit etiam vtilitatem domini directi dominij,vt ei fiat denunciatio,& ei offeratur conditio,vt possit rem sibi habere pro pretio quod ab alijs offertur , quae ratio efficit,vt donatio impediatur,cùm in ea non similis offeratur conditio.Nec sufficit si satisfiat cōmodo emphyteutae,nisi etiam domino consulatur,cùm haec duo insimul requirantur,ad quod facit regula vulg. *l.si heredi plures.ff de condi.instit.*

Non obstat etiam nona difficultas, quod 20 quis teneatur facere,vel pati quod sibi non nocet,& alteri prodest,quia id verū est, nisi in mutāda obligatione personali,id enim etiāsi maximè vtile esset,creditor facere non tenetur, nec pati vt fiat. *l. Si mandato meo versi. at si nolit creditor.ff.mandati* vt supra dictum est. Sicut etiam videmus,

Quando teneatur quis permittere quod sibi non nocet,& alteri prodest.

videmus, quòd inuito domino vsusfructuarius, etiam in melius, non potest mutare formam rei, in qua vsumfructum habet, vt. *l. hactenus in §. fina. cum l. sequent. ff. de vsufruct.* bonus tex. in. *l. fin. de vsu. & habita.* & ideò licet domino non noceret, eo inuito emphiteuta alienare nō potest. Ex his omnibus supradictis apparet, veram esse hanc conclusionem, quod emphiteuta sine consensu domini rem emphiteuticam, vel ius sibi competens donare non potest.

Ex quibus eisdem rationibus etiam deducitur contra communem opinionem, quod emphiteuta sine consensu domini non possit rem emphiteuticam permutare, quia cum in permutatione cesset illa oblatio, cùm qua in venditione est dispensatum, cùm in speciebus non similis functio, sicut in pecunia detur, vt in *l. in nūmis. ff. de in litem iuran. & in l. 2. in § mutui. ff. si certum petat.* remanebit hic contractus sub illa regula, in qua alienatio rei emphiteuticæ prohibetur.

21 Deducitur etiam ex supradictis, quod emphyteuta, etiam socio emphiteusis, vendere partem suam non posſit, nisi præcedente oblatione quæ in venditione, quæ fit extraneo, requiritur, licet doctores communiter contrarium teneant. *Bart. & omnes in l. qui Romæ. §. duo fratres. q. ro. de verbor. oblig. Ias. l. si domus §. fi. ff. de lega. 1.* vbi plures refert, & hæc opinio nostra probatur manifestè, quia socius iure communi non potest rem retrahere pro pretio, quod ab extero offertur, vt in *l. dudum. C. de contrahen. emptio.* dominus autem directi dominij hoc ius habet, vt in *dicto cap. potuit, & in dict. l. fin.* ergo dominus in venditione rei emphiteuticæ, præfertur socio emphiteutæ. Si ergo præfertur, debet ei offerri prædicta conditio, & fieri denunciatio, quæ pro conseruando hoc iure prælationis est inducta & ita apparet in hac materia nō differre socium emphyteutæ ab extraneo.

Contra doctores.

Neque opinioni nostræ obstant aliqua, quæ in contrarium à doctoribus allegantur. Primo non obstat tex in *l. voluntat. C. de fideicommiss.* vbi prohibitus alienare extra familiam potest socio partem vendere, vel alienare: quia respondetur id esse secundùm voluntatem defuncti expressam: defunctus enim qui extra familiam prohibuit alienari, cōcessisse videtur vt in familiam alienari posſit, nimirum si consocio qui est de familia alienare posſit. Sed in materia nostra res emphiteutica prohibetur alienari, non respectu certarum personarum, sed generaliter, quo fit vt hæc prohibitio eodem modo excludat socium, sicut excludit extraneum.

Probatur in l. inter omnes C. de præd. minor.

22 Non obstat etiam text. *in cap. imperialem. §. præterea. de prohibita feudi alienatione per Federic.* vbi vassalli possunt inter se feudum diuidere, quæ diuisio vim alienationis in socium factæ habet, vt in *l. 2. C. de fundo dotali.* quia illi textui possumus respondere. Primo, quod disposita in re fundali circa alienationē nō trahātur ad emphiteusim, quia alijs casibus, & alio modo fit prohibitio alienationis rei feudalis, quam rei emphyteuticæ, vt patet ex text. in *cap. 1. qualiter olim poterat feudum alienari in princip.* vbi vassallo licebat partem feudi alienare.

De intellectu text. in c. imperialem. in §. 1. de prohibit. aliena. per Federic.

Item in *dict. §. præterea in fin.* expressè probatur quod dominus directus feudi non potest inuito vassallo ius suum, vel dominum directum alienare, & tamen omnes fatentur dominum directi dominij rei emphyteuticæ, hoc facere posse, sine consensu emphiteutæ, & sine aliqua denunciatione, & ita ostenditur hoc argumentum à simili, de feudo ad emphyteusim, non procedere: cùm ferè in omnibus deficiat. Quod si dictum argumentum verum esset, doctores sibi ipsis repugnarent, donationem rei emphyteuticæ inuito domino admittentes, cùm hoc in feudis expressè prohibitum sit, vt habetur in *c. 1. §. donare. Qualiter olim feud. poterat aliena.* bonus tex. *in cap. cum apostolica. de ijs, quæ fiunt à prælato sine consensu capituli.* Secundum etiam modo possumus respondere ad dictum text. quod loquatur in diuisione, quæ licet alienatio sit, est tamen necessaria alienatio quodammodo, vt euitentur discordiæ, quæ in re communi accidere solent: vt in *l. Cum pater. §. dulcissimis. de legat. 2.* bonus textus in *l. In hoc iudicio. §. si conueniat. ff. communi diuidundo.* prohibita autem alienatione, alienatio necessaria non censetur prohibita. vt *l. 1. ff. de fund. dotal.* & dominus, qui duobus rem in emphyteusim concesſit, etiam diuidere permisisse videtur, quia ex natura ipsa & lege permissa diuisio est. Sed hæc solutio quatenus de diuisione loquitur, non ita indistinctè est admittenda, quia tamen requirit altiorem indaginem, omittendam censui, ideo magis placent aliæ solutiones.

2. intellect. ad dictum c. imperialem

Non obstat etiam ratio, quæ in contrarium adducitur. s. quod ideò lex prohibitionem inducit rei emphiteuticæ, quia si res venderetur sine domini voluntate, non esset domino consultum remedio actionis contra illum tertium, quæ ratio cessare videtur, quando socio venditur. Quia possumus respondere istam rationem nō esse expressam in lege, vt ab ea argumentemur, neque hāc solā rationē esse, sed aliam validiorem, ne inuito creditore obligatio mutetur, quæ ratio vendicat sibi locum, siue in totum, siue in partem fiat mutatio, vt idem iuris sit in parte, quod in toto, vt regula vulga. *l. Quæ de tota. de rei vendica. & in l. Qui scit. ff. de vsur.* & pro ista nostra sententia facit textus, quem ibi notant doctores antiqui in *l. Cum hi. § si vni. ff. transact. versi. sed si plures.* vbi ita inquit *Vlpian.* Sed etsi pluribus fundus ad alimenta fuerit relictus, & hi inter se transigant sine prætoris auctoritate, facta transactio rata esse non debet] Et ita verius puto quod emphyteuta non facta domino prędicta denunciatione, non posſit etiam socio emphyteusis vendere.

Ex supradictis etiam deduci potest, eandem denunciationem: quæ in venditione requiritur, requiri etiam in pignoris constitutione contra do- 23

In pignoris constitutione re-

quiritur denunciatio sicut in venditione.

tra doctor: sicut enim in venditione potest dominus offerre pretium, ita etiam quãdo res pignoratur, potest etiam mutuare pecuniam, sub qua pignoratur, nam si admitteretur pignoratio sine domini consensu, nulla ei facta denuociatione, necessario etiam permitteretur venditio, per text. nota. in *l si pupillorum. §. si pupillus. ff. de reb. eorum.* vbi ad pignorandum rem pupilli decretum est necessarium. In venditione autem ipsiusmet rei pignoratę non tenetur creditor nouum adhibere decretum, sed potest ius suũ vendendo prosequi. Facit optimus text. in *cap. literis de rescript.* Ita in nostra materia, admissa semel pignoratione, creditor non tenetetur consensum domini expectare, nec ei oblationem facere, & ideo hæc solennitas in pignorationibus adhibenda est, cùm ius constituatur in re, & ex pignoratione domino fiat præiudicium.

Non obstant aliqua quæ in contrarium allegantur. Primo, non obstat quod pignus nõ possit cadere in re propria, vt in *l. neque pignus. ff. de regu. iur.* quia his supra responsum est, quod ratione vtilis dominij, quod sibi deficit, potest in re propria cadere pignus. Non obstat etiam secundo text. qui allegatur in contrarium. in l. *lex vectigali. ff. de pignoribus & l. Tutor. §. fin ff. de pignora. actio.* vbi fundus vectigalis, vel emphyteuticarius potest pignorari, quia illis legibus satis supra responsum est. nu. 3. & sequent.

124 *Vtrum emphyteuta possit alium emphyteutam constituere.*

Circa prędicta quærunt etiam doctores, an emphyteuta possit nulla facta domini requisitione, re in emphyteusim dare? in quo doctores communiter concludunt idem quod in donatione, vt sine domini consensu, & denunciatione, in emphyteusim dare posit: vt per *Feli. cap. quæ in Ecclesiarum. num. 68. latè extra de constitutio.* Nos vero tenemus nouam sententiam, vt non solum sine voluntate directi domini id fieri nõ possit, verum etiam eo consentiente, non possit emphyteuta nouum sibi emphyteutam constituere. pro opinione communi possunt allegari plures rationes & tex.

Primò, in hac materia iuris emphyteutici maximè inspicitur id, quod inter partes conuẽtum est, vt in. *l. 1. 2. & 3. C. de iure emphyteutico. & § adeo. de locato.* Et in omnibus etiam alijs materijs, pacta quæ non sunt turpia, debent obseruari: vt in l. *iurisgentium. §. prætor ait. ff. de pactis.* nihil ergo obstat, vt alius emphyteuta ex voluntate domini constitui possit.

Secundò pro communi opinione facit text. qui videtur expressus in *cap. pri. §. similiter de legẽ. Corradi. in vsibus feudorum.* vbi expresse probatur, quod vassallus, qui sicut emphyteuta dominiũ vtile habet, potest rem feudalem in feudum alij concedere: idem ergo dicendum est in emphyteuta, cùm in hoc pares sint termini, & eadem ratio.

Tertio pro ista facit text qui videtur expressus in *l. Cum sponsus. §. in vectigalibus. ff. de Publiciana in rem actione.* vbi in re etiam aliena, si constituatur emphyteusis, vel vectigal, dabitur Publiciana ergo sine domino potest cõstitui ius emphyteuticarium.

Quarto pro hac parte dubium non est, quin ille qui rem præscripsit, habet tantum vtile dominium, vt *in authen. nisi triennale. C. de bonis matern.* & tamen rem quã quis ex præscriptione acquisiuit, posset quis dare in emphyteusim. Ergo ille, qui habet solum vtile dominium, quale etiam habet emphyteuta, potest etiam dare in emphyteusim.

Quinto pro communi sententia ex senatus consulto Trebelliano, in fidei commissarium, restituta hæreditate, solum transfertur dominium vtile, non directum. vt in *§. restituta in fine* ibi vtiles actiones] *de fideicomiss. hæredi.* sed dubiũ non est, quod fideicommissarius possit rem ex fideicommisso habitam, in emphyteusim dare, ad quod facit bonus tex. in arg. in *l pri. versi. bonorum quoque. ff. ad Trebellia.* Ergo ille qui habet vtile dominium tantum potest in emphyteusim dare, & idem in bonorum possessore, quia est hæres vtilis, vt in *§. quos autem. insti. de bono. possessio.*

Sexto pro ista parte facit tex. in *l. nemo prohibetur. C. locati.* vbi qui habet rem locatam potest eam locare, ergo eodem modo ille, qui habet rem in emphyteusim, potest eandem in emphyteusim concedere.

Materia emphyteusis. 25

Sed pro nostra opinione, quod emphyteuta etiam domino consentiente non possit alium efficere emphyteutam, facit, quia contractus emphyteuticus, vt ex eius diffinitione patet debet fieri super re immobili vt in ea re transferatur dominium vtile in emphyteutam, directo apud dominum remanente. Sed si emphyteuta posset alium efficere emphyteutam, posset ius emphiteuticum sine dominio consistere. Nam dominium directum est apud dominium, vtile verò apud primum emphyteutam, & ita apud secundum non est aliquod dominium, in quo ius emphyteuticum cõstitui possit: & ita ex defectu materię emphyteuta emphyteutæ esse nõ potest, quia dominiũ nõ potest esse apud plures in solidũ, vt in *l. si vt certo. §. duobus vehiculum. ff. commodati. & l. quod contra. §. vni duo. ff. de regulis iuris.* & not. in *l. 3. §. ex pluribus & §. ex contrario. ff. de acquir. possess.* neque dominum vtile potest aliud vtile producere, vt lat. diximus in tract. de Reddi. Ecclesiast. 3. parte. c. 2. fac. tex. not. in *l. hæres furiosi. in §. fi. ff. de petitio. hæredi.* vbi vol. glos. quod officium iudicis mercenarium non potest aliud officium iudicis producere, cum alij deseruiat: trad. *Alexand. in l. diuor. 10 in. § ob donationes. nu. 6. ff. solu. matri.* facit tex in *l. sic eueniet. ff. ad. l. Iulian. de adult.* ita etiam dominium vtile emphyteutæ aliud dominium vtile producere non potest, & quia tota difficultas huius quęstionis versatur in responsionibus eorum, quæ in contrariam partem adduximus, ideò ad eorum explicationem deueniamus.

Non obstant ergo quæ primo ex aduerso allegantur, quod pacta quæ turpitudinem nõ habent

bent,sunt seruanda,maximè in contractu emphyteutico.Ideoque nihil obstare videatur, vt domino consentiente,emphyteuta emphyteutæ effici possit,quia imò obstat pactum contra substantiam cōtractus,etiamsi nullam turpitudinem contineat,non valet,vt in *l.Cum precario. ff.de precario & l. Vbi ita donatum ff. de donat. caus. mort.* bonus tex.*in l.in conuentionibus in fi.ff.de verb. oblig.* nec enim partium voluntate effici potest, vt emptio sine pretio constituatur,vt. *l. pacta cōuenta ff.de contrah.emptio.& l.empti fides C.eo titu. & in l. naturalis in §. & siquidem ff. de præscriptis verbis.* contra substantiam autem contractus emphyteutici esset efficere emphyteutam,qui nullum ius in re emphyteutica haberet.

De interpretatione text in c. i. in § similiter. Non obstat secundo text.*in cap.primo,§. similiter.* vbi potest res feudalis à vassallo dari in feudum,nec vassallus in hoc differt ab emphyteuta, cum in vtrumque dominium vtile transferatur.Quia respondemus: primo, quod pro solutione considerandum est,quòd text.notab.in

26 *l.tri.ff.de vsufructu legato* inquit. Quod si testator leget vsum fructum alicuius seruitutis realis, quia seruitus seruitutis dari non potest,vsus fructus non poterit constitui : tamen vt voluntas defuncti seruetur, cogendus erit hæres incerti actione,incertum enim est quod peritur,& sine nomine,vt vsum illius seruitutis præstet , licet verè seruitus deberi nō possit.Inquit enim lex, Nec vsus,ne vsufructus itineris,actus,viæ aquæ ductus,legati potest,quia seruitus seruitutis esse non potest,nec erit vtilè ex senatus consulto.quo cauetur,vt omnium quæ in bonis sunt vsusfructus legati possit, quia id nec ex bonis, nec extra bona sit ; sed incerti actio erit cū hærede, vel legatario,quandiu vixerit,eundi,agendi,ducendi,facultatem præstet :] & ita licet ex defectu materiæ seruitus non sit,eo tamen modo quo possit seruāda est voluntas, ita in materia nostra. & in *dicto §.similiter.* licet res data in feudum,dari in feudum iterum non possit , & res emphyteutica in emphyteusim dari non potest,quia dominium vtile dominij vtilis, sicut neq; seruitus seruitutis, dari non potest, tamen si id fiat,& inter partes ōnes hoc conueniat,seruanda erit partium conuentio,non vt ille secūdus emphyteuta sit,neq; feudū propriū habeat, sed ex cōtractu innominato poterit conueniri, & ita *in §.similiter.* non erit proprium feudū , sed feudum non habens propriam naturam feudi, de quo,in *titulo de feudo non habente propriam naturam feud.in vsibus feudorum*: & est regula vera , quod vbicunque feudū constituitur alio modo,quàm secundū diffinitionem feudi,illud feudum erit improprium,& ideò si vassallus in feudo suo cōstituat sibi alium vassallum, istud secundū erit impropriè feudum,quia nun est dominiū,quod transeat in hunc vassallum secundum , domino remanente vtiliter primo feudatario , & ita in quæstione nostra,nō erit cōtractus emphyteuticus,si consentiente domino emphyteuta alium efficiat sub emphyteutam, cùm non sit domi-

nium in quo emphyteusis cōsistat,sed erit quidam innominatus,& præscriptis verbis ad eius implementum agendum erit,& erit contractus facio,vt des;emphyteuta enim iste,qui ob pensionem permittit vti re,istum secundum nō dat (cum nullum ius reale transferat) sed facit, vt alius det pensionem,& ita actio præscriptis verbis oritur,vt in not.in *l.naturalis §. quod si faciam. ff.de præscriptio.verb.*& ita dictus *§.similiter* intelligi debet in feudo impoprio , quia per eum non transfertur vtile dominium. Posset etiam ille text.intelligi, licet feudistis forsan non placebit,quod ibi trāsferatur feudum mutando vassallum,& quod sit vassallus immediatus iste vltimus,& tūc nulla vitiatur regula,sicut emphyteuta de voluntate domini,alienat emphyteusim,vt *in dict.l.fin.* & ipse non remanet amplius emphyteuta,& tenendo istum intellectum cessant omnia inconuenientia.

Non obstat etiam quod tertio opponitur de *l.cum sponsus,in §. in vectigalibus.ff. de Publiciana in rem actio.* vbi sine domino potest constitui ius emphyteuticum,vel vectigale,ergo dominium non est substantia contractus emphyteutici : quia respondetur,quod sicut datur dominium directum verum,& vtile dominium etiam verum,ita etiam datur quasi dominium directum & quasi dominium vtile,de quo *Rip. in rub.num. 46.de caus.poss.& propriet.*& ex quolibet eorum producitur Publiciana in rem actio,cuius respectu potest constitui contractus, etiam emphyteuticus,& ita verum erit,quod substantia contractus emphyteutici est dominium, vel quasi dominium, & ita non obstat nostræ opinioni , quia si teneremus sententiam Doctorum sine dominio, vel quasi dominio , constitueretur ius emphyteuticum quod fieri nullo modo potest. 27

De generibus dominij

Non obstat etiam quod ille, qui præscripsit rem alienam possit eam dare in emphyteusim, licet tantum habeat vtile dominium, quia considerandum est,quod dominiū quod præscriptione quæritur,licet vtile tantum sit,tamen quodammodo iure dominij directi censetur , quia non cognoscit aliquem superiorem, nam licet acquiratur tantum dominium vtile præscriptione,tamen occiditur dominium directum , vt not.gl.in *l.si ades mea,in § libertas in fine ff.de seruitut.vrba.prædio.& in l.3.in §.ex pluribus in fin.ff.de acquiren.possessio.* & ita cùm non cognoscat alium, potest ipse recognosci ab alio , quia dominium suum habet eam superioritatem , quam etiam habet dominium directum.Et id, quod doctores malè in alia materia constituunt,dominium vtile superius,& inferius , potest verè in nostra materia dici,vt ille,qui præscripsit habeat dominium vtile superius,idest quod directi dominij iure censeatur : dominium enim superius non potest dici, quod aliud dominium supra se habet,licet doctores malè id admittant, neque in iure tale dominium repetitur. 28

Qualis sit vtile dominium quod præscriptione quæritur.

Non obstat etiam quod fideicommissarius

Quomodo fideicommissarius vniuersalis sit vtilis dominus.

29 vniuersalis, qui habet ius vtile, possit dare rem in emphyteusim, quia considerandum est, quod licet fideicommissarius vniuersalis, hæreditate restituta sit dominus hæreditatis vtiliter, tamen singularum rerum habet etiam dominium directum: nec enim repugnat vt vnus sit dominus vniuersitatis, alius verò rerum particularium. vt in *l. 1. §. per hanc 2. ff. de rei vendicatione*, & patet etiam, quia conuenit titulus, & possessio, quæ sunt causæ directi dominij vt *l. traditionibus C. de pactis & § per traditionem insti. de rerum diuisione.* & ita fidei commissarius vniuersalis, & bonorum possessor rerum particularium domini sunt directi, vt not. per *glo. in l. 2. ff. de bon. posse. hered. petitio & glos. in l. prima* vbi not. *Ias. nu. 1. C. vnde legitimi & Paul. de Cast. in l. ex asse. circa finem ff. ad Trebell.* Ideò in emphyteusim dare potest, & ita non obstat conclusioni nostræ hæc difficultas.

Non obstat vltimum fundamentum pro cõtraria opinione adductum, quod sicut conductor, qui habet rem locatam potest alij locare, ita emphyteuta possit sibi alium emphyteutam constituere, quia respondetur, quod in locatione cessat inconueniens quod est in emphyteusi quia de locationis substantia non est translatio

30 dominij, vt in *l. non solent. ff. locat.* sed solum versatur in obligatione personali, quæ multiplicabilis est multiplicatis personis, quæ multiplicatio non cadit in dominio, quod est substantia emphyteusis. Ex quo infertur, quod licet emphyteuta possit rem emphyteuticam locare etiã ad longum tempus, ex tali locatione non transferetur vtile dominium, quia non habet aliquod dominium quod transferat ipso remanẽte domino.

Locatio ad longum tẽpus vtrum transferat vtile dominiũ. nu. 33.

Circa quod notandum est, quod doctores communiter volunt, quod locatio ad longum tempus transferat vtile dominium, per text. qui videtur expressus *in l. prima in §. quod autem ff. de*

31 *superficiebus* vbi ei, qui conduxit ad longum tempus, datur in rem actio, non autem ei, qui conduxit ad modicum: facit text. in *l. superficiario ff. de rei vendicatio.* de quo latissimè per *Tiraquell. in tracta. de vtroque retract. 1. part. in §. 1. in glos. 14. nu. 75. cum sequent.* & licet aliqui recentiores velint reprobare istam sententiam, vt nulla sit differentia inter conductorem ad longum tempus, vel ad breue tempus, quia text. qui etiam pro communi opinione allegatur in *l. prima §. qui in perpetuum, si ager vectigal. vel emphyt. petatur*, qui cõ-

32 ductori ad longum tempus dat in rem actionem, intelligitur etiam in conductore ad modicum, vt *l. 3. eodem tit.* quæ inquit. Idem est etsi ad tempus habuerim conductum, neque tempus conductionis finitum sit.] Et ita videtur ibi reprobari illa distinctio, quæ à doctoribus fit inter locationem ad longum, vel ad modicum tempus, tamen in hoc vera est communis opinio per *dict. l. 1 ff. de superficiebus.*

De intelle. l. 3 ff. si. ager vectigal.

Primus intellect. dic. legis, 3.

Nec obstat *dicta l. tertia*: primò quia intellectus *glos. ibidem* interpretandis ad tempus, scilicet non modicum, est verus, & potest sustineri licet recentiores dicant continere diuinationẽ, quia ibidem dicitur ad tempus, ad differentiam locationis in perpetuum factæ, de qua supra loquitur. & ideò bona est interpretatio, vt in l. prima dictum sit de locatione in perpetuum in l. vero. 3. de locatione ad longum tempus, quæ perpetua non sit.

3. Intellect. dict. legis.

Secundò, licet, ille tex. *in dict. l. 3.* intelligatur de locatione ad modicum tempus, & dicatur quod detur actio in rem, & ita non fiat differẽtia inter locationem ad longum tempus, vel ad modicum, tamen non obstat, quia particulari ratione ex illa locatione datur in rem actio: ad quod repetendum est, id, quod supra latiùs explicauimus, quod ille *titulus si ager vectigal. vel emphyteuticarius pet.* loquitur de illis fundis, qui dãtur ad vectigal, vel censum. & ita de fundis vectigalibus, censualibus, vel emphyteuticarijs, quorum hæc erat natura, vt fundus ipse domino directo esset obligatus, & non persona, cui fundus locabatur, vt in *l. imperatores ff. de publicanis, & vectigal.* vt autem fundus domino sit obligatus, necesse est quod dominium aliquod à domino abdicetur, alioquin res propria nõ posset sibi obligari, vt *in l. neque pignus ff. de reg. iur.* eo ipso ergo quod dominus locat fundum, eũ censualem efficiendo, vel pro pensione pignorando, transfert vtile dominium, etiamsi locatio ad modicum tempus fiat, quia in consequentiã necessariam hoc venit.

Ex locatione ad non longum tẽpus aliquãdo dominium transfertur.

Et pro ista interpretatione est text. expressus 33
in *l. Proculus ff. de vsufructu. in princ.* facit tex. *in l. Denique in § interdum. ff. de pecul. legato. cum ibi not.* & ita debet declarari text. in *l. non solet ff. locati,* vbi inquit tex, non solet locatio dominiũ transferre,] vt id verum sit, nisi locatio ita constituatur, vt pro pensione res censualis efficiatur, vel pignoretur, quia cũ natura pignoris sit, ex parte pignorantis sit dominiũ, vt in *l. rem alienam ff. de pigno. actio.* ex parte vero recipientis requiratur, vt res non sit sua, vt *dicta l. neque pignus. ff. de regu. iur.* necessario deducitur, quod ex prædicta locatione dominiũ transferatur, etiam si ad modicum tempus facta fuerit, & hoc siue locatio à republica fiat, siue à priuato, cùm eadem sit ratio,
quicquid aliqui velint, vt *Pinell. in l. prima, de bonis* 34
maternis in 3. part. nu. 67. cùm ita sint seruandæ conuentiones priuatorum in contractibus suis, sicut quando à republica fiunt.

Intellect l. non solet. ff loca.

Si autem ad longum tempus fiat locatio: sine dubio transfertur dominiũ, vt dictum est, quod ex natura talis locationis est, non ex substantia. Non enim ideò minus erit locatio, si dominiũ ex accidente non transferatur, vt in nostra materia, quando emphyteuta locat ad longum tẽpus, quia nullum transfert dominium, nullum est enim quod transferat eo domino remanẽte.

Ex quibus omnibus apparet veram esse nostram opinionem quod emphyteuta, etiã domino consentiente, alium emphyteutam constituere non potest, sed erit quidam innominatus contractus, si id fiat.

CAP.

C A P. III.

Vtrum contractus emphyteuticus sit bonæ fidei, & an de iure canonico omnes contractus sint bonæ fidei: & de intellectu text. in cap. cum dilecti. de donat. & l Titia. §. Seia. ff. de auro & argen. lega.

S V M M A R I V M.

1 *De iure canonico etiam sunt contractus stricti iuris*
2 *Intellectus cap. cum dilecti de donation.*
3 *An fauore religionis debeat fieri in maiori quantitate interpretatio, & de intellect. l. Titia §. Seia. de aur. & argent. legat.*
4 *Nouus sensus dicti. §. Seia.*
5 *Doctores errant in intellectu. c. cum dilecti.*
6 *Donatio, an sit proprie contractus.*

CVm materiam iuris emphyteutici semel interpretari cœperimus. Videndum est, an emphyteusis contractus sit stricti iuris, vel bonæ fidei. & cōmuniter *docto. post Specul. in tit. de locato. §. nunc aliqua. vers. 3. & ibi Io. Andr. in Addi. & Bal. in l. 3. 13. diff. de iure emphyteutico. vbi etiam Ias. numero. 76. & Cardi. num. 7 in dict. c. potuit.* volūt quod sit contractus stricti iuris, tam iure canonico, quā ciuili.

Et pro huius quęstionis explicatione, notandum est, quod aliqui volunt quod omnes contractus de iure canonico sint bonæ fidei, vt *Bal. in cap. primo ad fi. de plus petitioni.* quem referunt recentiores, *in §. actionum. inst. de actio.* sed eius opinio falsa est. Non enim dicuntur aliqui contractus bonę fidei, ad differentiam aliorum cō-

Bona fides qualiter accipiatur.

1 tractuum, qui sint malæ fidei, nam nec iure ciuili admittitur mala fides in contractibus, vt in *l. si quis cum aliter ff. de verbo. obliga.* Sed ex eo dicuntur bonæ fidei, quia in eis magis exuberat bona fides, vt ex æquo, & bono in eis maximè procedatur, non ex rigore iuris ciuilis, vt *l. bona fides ff. depositi.* facit bonus text. *in l. codicillis. §. Lucius ff. de lega. 2.* Et ideò æquitas iuris canonici non repugnat, vt reperiantur contractus stricti iuris.

Præscriptio est stricti iuris.

Et quod etiam iure canonico sint actus stricti iuris, probatur, nam & præscriptio, quæ bonam fidem requirit, maximè iure canonico stricti iuris est, vt in *cap. cum contingat* & ibi not. *de decimis*, & latissimè per omnes. not. in *cap. auditis de præscriptio.* bonus text. cum glos. *in l. pri. in §. hoc interdicto ff. de itinere, actuque priuato.* & idem est in consuetudine quæ etiam iure canonico stricti iuris est vt not. in *cap. fin. de consuetudine.* Et idem dicimus de sententia, quę stricti iuris est, vt in *l. Marcellus & in l. Cùm prætor ff. de iud. & in l. diuus ff. de re iudic.* facit text. cum ibi not. in *l. prima, C. si aduers. rem iudi.* notat *Bart. in l. Iulianus verum debitorem in 3. colu. ff. de condictio. indeb.* & per *Feli. in rubrica de re iudic.*

Et quod de iure canonico seruetur idem, quod seruatur, de iure ciuili, ex eo apparet, quia aliàs ex ista bona fide, & æquitate canonica, constitueretur maxima iniquitas vt idem exigeremus à donatario, quod à venditore exigimus, quod neque iure canonico, neque ex aliqua certe ęquitate admittitur, vt in *l. ad res donatas ff. de ædili edict.* Ad res donatas, inquit *Modestinus*, edictum ædilium curulium non pertinere dicendum est, quid enim se restituturum donator repromittat, quando nullum pretium interuenit? quid ergo si res ab eo cui donata est melior facta sit, nunquid quanti eius, qui meliorem fecit interest, donator conueniatur quod minimè dicendum est, ne eo casu liberalitatis suæ donator pœnam patiatur Itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quę in rebus venalibus ædiles repromitti iubent.] Quod prouerbio nostro Hispano rectè explicatur, & idem apud Diuū Hieronymū legitur: Noli dentes equi inspicere donati de quo parœmiographus meminit. Si enim materiā ligneam, vel lapideā, qualis est materia contractuum stricti iuris, velimus extendere, vel diducere, sicut materiam plūbeam, seu auream, qualis est materia cōtractuū bonæ fidei, nō esset ex bono & æquo procedere, sed materiā corrumpere Nam vt elegāter *Cicero in 3. offic.* refert, Q. quidē Scæuola Pontifex maximus, summā vim esse dicebat in omnibus ijs arbitrijs, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonæ nomen existimabat manare latissimè, idque versari in tutelis, societatibus, fiducijs, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitæ societas continetur, in his magni esse iudicis statuere, præsertim cum in plerisque iudicia essent contraria, quod quemquam cuique prętare oporteret.] Quis enim negare poterit aliter cum fœneratore agendum; aliter, cum eo, qui depositū vt amicus recepit, de quo *Aristo. particul. 29. problema. 2* cuius ratio verissima est, licet ea non placeat *Alciato lib. 2. Parerg. cap. 36.* æquissimū enim est, vt si depositarius dolu versetur, durissimè cum eo agatur, aliter quam cum fœneratore, vt in *l. qui depositum. C. deposit.* si verò sine fraude sit, illi maximè succurratur, vt *in l. quod Nerua ff. deposi.* & hoc elegantissimè explicat *Aphricanus in l si seruus cōmunis per totam legem ff. de furt.* Sed solū eius verba referemus in versicu. quod vero. Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait. Num æquè dicendum sit omninu damnū præstari debere, & quidem hoc amplius, quàm in superioribus causis seruandum est, vt etiam si ignorauerit is, qui certum hominem emi mandauerit furem esse, nihilominus tamen damnū decidere cogatur, iustissimè enim procuratorē allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset, idque euidentius in causa depositi apparere, nā licet alioquin æquū videatur nō oportere cuiquam plus damni per seruū euenire, quàm quanti ipse seruus sit, multo tamē æquius esse, nemini officium suū, quod eius cum quo contraxerit, non etiamsi cōmodi

Ex æqualitate omnium contractuū resultat maxima iniquitas.

Contra Alciatum.

causa, susceperit, damnosum esse.] Circa quem text. nisi breuitati consuleremus essent multa dicenda, sed vide *Barto. in l. si procurator colu. 1. in fi. ff. de conductio. indebi. & in l. quod Nerua nu. 30. ff. deposit. & Bal. in l. falsus col. 10. C. de furt. cum sequent. & in l. quæ fortuitis 7. colu. nu. 20. C. de pignor. actio. & Albe. in l. 1. nu. 16. C. de summ. Trinit. & fid. cathol. Deci. consi. 686. nu. 6. & 665. nu. 4. Hippo. in rub. ff. de fideiuss. nu. 186. & 193 tex. in l. exceptione. ff. de fideiuss. & l. Quintus ff. mandat. & Paris. consi. 151 nu. 30. cum sequent. 4. vol.*

Ex his apparet æquitatem exigere, vt non vna regula omnes contractus iudicentur, ideoque idem iure canonico, quod æquitatem maximè respicit, est obseruãdum, imò etiam in iure canonico videtur quodammodo expressum, quod sint cõtractus stricti iuris, in quibus summo iure sit agẽdum, & bonæ fidei, in quibus de bono & æquo: nam in *cap. cum venerabilis de exceptio.* argumentatur textus, loquens de permutatione, dicendo, quod est contractus bonæ fidei, quasi sentiat non omnes contractus esse bonæ fidei, alioquin argumentum specialiter in illo contractu non concluderet, si id esset commune omnibus contractibus.

De interpretatione c. cum dilecti de donatio. & inf. num. 5.

2 Sed licet dicta opinio, quod iure etiam canonico sunt contractus stricti iuris sit vera, est tamen textus fortissimus ex quo videtur cõtraria illa opinio Bal. probari, quòd omnes contractus de iure canonico sint bonæ fidei, in *cap. cũ dilecti de donat.* licet doctores hoc non considerent. Ibidem enim textus loquendo de quadam donatione, & eius interpretatione, quam fecerat quidam Alanus, inquit tex. illam donationẽ latissimè esse interpretandam. Quia in contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficijs quoque plenissima est interpretatio adhibenda. Ecce text. vbi in donationibus sit plenissima interpretatio, illud enim verbum beneficijs, vt ratio sit conformis quæstioni, pro donationibus sumitur, & tamen nullus est contractus iuris strictioris, quàm sit donatio, vt in *l. eum qui ff. de donation.* ergo ibidem probatur, quod contractus, qui de iure ciuili est strictissimi iuris, iure canonico sit bonæ fidei, & latiùs interpretãdus, quàm sit vltima voluntas interpretanda.

De intelle. l. Titia. in §. Seia. ff. de aur. & arg. lega.

3 Ad illum text. (si sequeremur intellectũ aliquorum tenentium quod fauore religionis, in dubio fiat interpretatio, vt videatur promissum id, quod est maius, & ita latissimè in fauorem religionis fiat interpretatio, vt in *l. Titia §. Seia ff. de auro & argent. lega.*) clara esset solutio. nam *dict. cap. cum dilectis*, apertè loquitur in donatione facta Ecclesiæ, vel pio loco, & ita licet donatio sit de sua natura stricti iuris, tamen quando fit Ecclesiæ, seu pio loco, latissimè est interpretanda. Sed hic intellectus defendi posset, si in *dict. §. Seia* habeamus literam æream, aut argenteam, nam in illo tex. quidem testator iussit, vt in æde sacra ab hæredibus suis poneretur signum Dei ex centum libris, quæritur, an ex auro, argento, vel ære illud signum poni debeat, & respondet textus, quod si in illa æde solùm signa sint ærea, vel argentea, quod argenteum ponendum erit. Et sic quod maius est, legatum videtur. Et istam literam habuit *Bart.* quam agnoscit *Oloander in castigatio.* suis, vt refert *Episcopus Segobien. in cap. indicante numero 5. de testament.* Sed in alijs libris dicitur, quod in illa æde sola aurea vel argentea signa erant, inquit enim textus. Seia testamento ita cauit, si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam: sin minus autem ab hæredibus meis fieri volo iubeoque signum Dei ex libris centum in illa sacra æde, & in patria statui, cum subscriptione nominis mei. Quæsitum est cũ in eo templo non nisi aut aurea aut argẽtea tantũ sint dona, hæredes Seiæ, vtrùm ex auro, an ex argento signum ponere compellendi sint, an æreum? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur argenteum ponendum.] Quam literam habuerunt recenti. *Ias. in l. si ita scriptum in colu. penul nu. 37. de leg. 1. & Deci. in l. semper in obscuris num. 6. ff. de regu. iur. & Tiraquell. in tract. de priuileg. piæ caus. pri. 25.* sed dubitatum fuit apud antiquos, quæ litera esset melior, vt *ibidem* refert *Albericus.*

Pro ista secunda parte facit text. in *c. ex parte. de censi.* vbi votum factum D. Iacobo, de soluendo mensuram tritici, intelligitur de minori, nec potest sustineri intelle. *Abb.* vt eum referunt supradicti, quod ibi votũ debet solui minori mensura, quia id nõ exigit Ecclesia, sed Ecclesiasticæ personæ, quia ratio illius text. habet etiam locũ in Ecclesia: nam si Ecclesiasticæ personæ debẽt respicere æquitatem, nec summo iure exigere, multo magis hoc debet Ecclesia facere. Item quia vt bene aduertit *Decius* licet id exigãt personæ Ecclesiasticæ, exigunt tamen in vtilitatem Ecclesiæ in cuius fauorem votum est emissum, sed si rectè inspiciatur, *Abb.* distinguit, an obligatio respiciat diuinum cultum, vel secus, vt priori casu quod maius est, posteriori autem quod est minus, etiam ab Ecclesia exigatur, distinguit etiam inter legatum & votum, sed verius est semper minus deberi, nisi coniecturis aliud colligatur. 4

De interpretatione. c. ex parte de cens.

Intellectus Abb. qui reprobatur.

Ad *dict. §. Seia.* habendo hanc vltimam literã, quam nunc habemus, non est necessaria respõsio, cùm concordet cum supradictis, quæ litera videtur magis consona iuri, vt in *dicto c. ex parte.* & etiam ipsimet textui, qui ex eo vult ostendere, statuam æream non esse ponendam, quia similis illis, quæ ibi reperiũtur, poni debeat, quod argumentum non concluderet, si esset in litera ærea, quod videtur colligi ex responso eiusdem *Scæuolæ in præcedenti §. qui incipit Semproniæ*, in quo etiã eandẽ rationẽ sequitur, vt secũdùm species, quæ reperiuntur interpretetur testatoris dispositio, quod etiã facit sæpissimè *Scæuo. in illo titu. vt in l. Seia dulcissimæ, & in l. Medic. & in l. Vxori. & in l. qui vxori in §. mulier.* & hæc litera ex alia etiam ratione videtur verior: nam cùm ad quæstionem determinandam iurisconsultus adducere videatur, in eo templo non quælibet signa, neque vulga-

vulgaria apponi solete, credendum est non æreа ibi reperiri, sed aurea vel argentea tantum: nam si vulgaria,& nō vulgaria ponerentur, hoc nihil conferret ad sententiam Scæuolæ, qui æreū & vulgare signum negat esse ponendum: debet igitur esse in litera aureum, & non æreum, alioquin ratio illa, Cum in eo templo non nisi ærea, aut argentea sint dona] nihil ad sententiā conferret, quam text. probat, & malè iurisconsultus in ea vim adhiberet, cùm potius id augeret difficultatem, quàm eius opinionem astrueret. Item videtur quod etiam si regula Bar. esset vera, quod debeat solui id, quod maius est, in operis pij fauorem, tamē summa est adeò magna, si de auro intelligeretur, vt non sit verisimile, de eo sensisse testatorem: sed cùm iuris consultus, nec patrimonij quantitatem, nec testantis qualitatem exprimat, non potest ex hoc sumi necessario concludens argumentum, nec in hoc ille tex. aliquo modo nititur, cùm & patrimonij quantitas legato, vel duorum milium, vel decem milium aureorum plus minùsve, forsan non repugnaret, ideò melior est supradicta interpretatio, vt cessante omni alia coiectura pietatis sola nō sufficiat, & opinio Bar. vera non sit, & vi. tex. in *l. qui lancem de au. & argent. lega.*

Quod si sequi velis litteram, quam antiquiores agnouerūt, vt text. dicat, Cùm in eo templo nō nisi ærea, aut argentea sint dona] possumus etiam dicere, quod non nocet supradictę opinioni, quæ verior est, vt probatur in *dict. c. ex parte.* Nam in *dict. §. Seia.* Ideò quod maius est debet solui, quia ex mente testantis hoc colligitur ex præfatione, in qua magnā rem legare, videtur innuere, quia dicit: Si mihi per conditionē humanam contigerit, ipsa faciam, si minus autem ab hæredibus meis fieri volo,] quę vera magis statuam ex argento, quàm ære intonare videntur, nam quid dignum tanto feret hic promissor hiatu, si centū librarum æris statua esset inferenda? ad quod etiam faciunt verba, tex. Cum subscriptione nominis mei. vbi honoris causa, hoc iubet, quod in legato paruo magis foret in contumeliam, vt in *l. at si quis in §. iudex ff. de religios. & sumpt. fune.* Denique ibi concurrunt pluta, scilicet legatum Ecclesiæ, & insignū Dei, & vanitas inscriptionis nomini, cum verbis satis turgidis, quæ statuæ æreę non cōueniūt: fac optimus tex. iu *l. sed & si susceperit in §. si libertis per totum. §. maxime in fi. ff. de iudic.* ibi nec enim verisimile est testatorem qui honorem habitum voluit &c. tā modica fideicommissa præstari voluisse.] Sola remanet difficultas, quæ non minima videtur,

5 in respondendo ad text. in *dict. c. cum dilecti. de donatio.* Sed ille tex. non constituit aliquid speciale pro Ecclesia, cùm ibidem regulæ generales proponantur, tam circa testamenta, quàm contractus.

Quo autem modo, vel ratione in donationibus, quæ stricti iuris sunt, vt in *l. eum qui supra allegata & in l. Campanus ff. de operum libert. & in l. Cum de indebito. ff. de probatio.* fiat latissima interpreta-

Singularis intellectus.

Iterum de intellect. c. cum dilect. vid. supra. num. 2.

tio, non leuis est difficultas. Nam quod doctores, *Ioan. Andr. in Sūmario, & Imol. & Abb. post glos. & Hostien in fine, in dict. c. cum dilect.* volunt, quod ibidem fiat interpretatio latissima, tanquam in beneficijs, ex argumento *l. beneficium ff. de constitu. princip.* nihil habet cum veritate commune, est enim contra dictas leges, quæ strictissimam in donationibus faciendam interpretationem statuunt.

Ideò considerandum est, quòd licet donatio etiam Ecclesiæ facta sit stricti iuris, & strictè sit interpretanda, tamen non adeò strictè interpretari debet, vt excludatur intentio contrahētis, etiamsi verba quodāmodo repugnent. textus est singularis in *l. C. de donation. quæ sub modo.* vbi donatio facta sub ea conditione, si emancipetur, adimpletur absq; emancipatione, si morte patris filius sui iuris efficiatur, & ita in contractibus etiam strictissimi iuris, debet fieri interpretatio, vt non excludatur intentio donantis, etiam si verba repugnent, & hoc modo debet fieri plena interpretatio, etiam in contractibus stricti iuris, quod etiam probat textus in *dicto cap. cum dilect.* ibi. Euidenter apparet quod hæc fuit mens, & intentio donatoris, &c.] Et ita argumentatur text. quod illa mens contrahentis excludi nō debeat, quia in omnibus iuris dispositionibus, ita assumi debet interpretatio, vt intentio disponentis non excludatur, & hoc à sufficienti enumeratione probat text. Nam si assumamus contractum, (etiamsi stricti iuris sit qualis est donatio) debet fieri plena interpretatio, vt intentio non excludatur, si assumamus vltimam voluntatem, in ea pleniot, si principū beneficia, plenissima debet fieri, nulla ergo est in iure dispositio, siue iuris stricti sit, siue latioris, siue latissimi, quæ ex intentione disponentis interpretationem non recipiat, & ita prima pars argumenti respicit propriè quæstionem ibi positam, secunda vero, & tertia pars argumenti ex alijs materijs assumitur, in quibus etiam intentio agentis inspicienda est, & ita quidem verbū illud, beneficium, non pro donatione ibi facta accipitur, sed pro beneficio Principis, sicut aliàs in *dicta l. beneficium ff. de constit. Princip.* vt optimè interpretatur *glos. in l. Princeps bona. ff. de verbor. significatio.* & ita doctores *in dict. cap. cum dilect.* errant in summario illius textus, dicentes in donatione plenissimam fieri interpretationem, cū textus hoc non dicat, sed potius ita summari debeat, in donationibus, etiamsi stricti iuris sint plena est facienda interpretatio, vt intentio donantis non excludatur, nulla enim ita stricti iuris est dispositio, etiam si odiosa sit, in qua interpretatio ex intentione disponentis non admittatur. Et ea ratione lata fieri debet interpretatio vt videmus in statutis, vt not. *in l. tale pactum ff. de pactis. & in pœnis, vt in l. si quis adulterium ff. ad l. Iuliam. de adulter.* ibi. Verbis non tenetur, sed tamen dicendum est, vt teneatur, ne fraus fiat.] Bonus textus *in l. sed Iulianus, mutus datione & in l. 4. §. penulti. ff. ad Senatum. Macedo.* bonus textus

In contractibus etiā stricti iuris mens est attendenda

Error doctorum.

ab alijs contractibus distincta, vt in §. *Item pretium. de empt. & vend. & in l. prim. ff. eodem tit.* emptio enim species est alienationis, & ita est nomen speciei, non generis, & licet ad positionem speciei sequatur positio generis, nō tamen totius generis, qui enim hominē dicit, animal dicit, non tamen omne animal, primum probatur in *l. si quid earum. §. interemptum. ff. de leg. 3. & in cap. excommunicamus. in 1. & 2. de haereticis.*

De interpretatione l. statu liberi §. 5 de statu liber.

Secundum probatur in *l. si is qui ducenta in § vtrum. ff. de rebus dubijs.* & not. *in c. 1. per quos fiat inuestitura in vsibus feud. super verbo de suis rebus, in fin.* & ita ad positionem venditionis alienatio ponitur, sed non omnis, sed ea tantum, quæ per vēditionem contingit. Non obstat tex. in *l. statu liberi §. Quintus Mutius. supra allegatus*, vbi dicitur, venditionis verbo omnem alienationem complecti, quia imo ex illa lege colligitur regula, quæ potius pro nostra opinione facit, quod ita demum emptionis verbo omnis alienatio cōpræhenditur, quando lex habuit rationem dominij, & sic respicit effectum translationis dominij, non autem modum alienandi, quia quādò ratione alicuius certi effectus dispositio inducitur, non modus, sed effectus attenditur, vt dicit *Alber. in l. 1. 3. col. C. Vt nemo priuat.* quod probatur in *l. si mater. C. de institu. & substitu. sub. condi. fact. & in l. Si mulier. ff. ad Trebell. & in l. fideicommissa §. si cui ita de legat 3 & in l. si ita. ff. quando dies legati cedat. & in l. Gallus. §. at quid. si tantum. ff. de lib. & posth.* text. in *l. fi. C. de dona. quæ sub modo. & in l. sed & mortis. §. 1. ff. de dona. inte vir. & vxorem. & ita in dict. §. Quintus*, lex habuit rationem dominij & quodammodo de emptore obiter, & exempli causa loquitur, ideò ad omnem dominum, & ad omnem alienationem refertur. Ex quibus omnibus colliguntur duæ regulæ.

Prima, quod ex vi verbi emptionis, & venditionis, nullus alius contractus, quàm venditionis compræhenditur, & ita leges quæ de emptione loquuntur solum in emptore intelliguntur, quia est nomen speciei, quod genus non cōprehendit, vt suprà probatum est.

Secunda est regula, si ratio legis loquentis de emptione talis est, quę etiam in alijs contractibus versetur, licet vis verbi id non comprehendat, ratione tamen legis euincitur, vt alijs contractus comprehendatur, & etiam alij actus, qui contractus non sunt, vt sententia, vt in *dicto. §. Quintus.* Et hæ sunt certiores regulæ, quam illæ, quas ponit *Anton. de Burg. in rubric. ext. de emptio. & vendit. nu. 19. cum sequent.* licet nō male loquatur: in nostra autem materia lex fina, quæ de venditione loquitur, nō potest trahi ad donationem, quia illa qualitas, cum qua in venditione dispensatum est, scilicet vt requiratur dominus an velit offerre idē pretium, ad donationem, & alios contractus non potest adaptari, & ex his etiam respondetur ad *l. sicut. in. §. venditionis ff. quibus modis pignus vel hypothec. soluitur.* Et ita verum est venditione permissa, emphyteutæ non esse permissam donationem.

Vide quæ Turrecre. in c sicut n. 8 1 q. 2. Abb. c. 1. in princip. de his quæ fiūt. à prælat.

Non obstat etiam secundum argumentum 15
in *l. si domus. §. fi. ff. de lega. 1*, vbi emphyteuta potest legare rem emphyteuticam, quod donare est, quia possumus respondere duobus modis. Primo, quod licet donatio prohibita sit, non tamen videtur prohibita illa, quæ per legatum fit, vel causa mortis, quia res prohibita alienari, potest alienari alienatione necessaria, vt in. *l. pri. ff. de fund. dotali.* alienatio autem quæ fit per vltimam voluntatem, omnimodo necessaria est, quia morte emphyteutæ, necessario mutatur dominium, & res emphyteutica de vna persona in aliam, & sicut emphyteusis perpetua, de qua nunc agimus, morte emphyteutæ transitura est ad hæredem, ita eo modo potest ad legatarium transferri, quia legis interpretatione, legatarius in re sibi legata loco hæredis est *l. in cōuentionibus ff. de verborum significatione.* vbi inquit *Papinian.* Cùm igitur ea lege fundum vectigalem municipes locarint, vt ad hæredes eius, qui susceperit pertineret, ius hæredum ad legatarium quoque transferri potuit.] Bonus text. in *l. Id tempus. §. fi. ff. de vsucap.* fac elegans. tex. *in l. Si stipulatus fuerim. in prin. ff. de verb. obligatio.* iuncta *l. si sic. §. si quis ita. ff. de lega. 3.* & ita cùm sit diuersa ratio, non sequitur prohibita donatione prohiberi etiam legatum, vel econtrario permisso legato permissam esse donationem aliam, quàm eam, quæ ex vltima voluntate contingat. Et ita verum puto emphyteusim perpetuam sicut transit ad hæredes, ita posse etiam transire ad legatarios, vt dictis legibus probatur.

Intellectus l. si domus in. § fin. ff. de legat. 1.

Secundo modo possumus respondere ad *dictam l. si domus. §. fina.* quod illa lex, vel vlla alia digestorum non possit allegari contra nostram opinionem, quia vt supra ostendimus, digestorum tempore fundus emphyteuticus alio modo sumebatur, antequam per Zenonem, & Iustinianum noua forma, nouum nomen. & natura inducta fuerunt in contractu emphyteutico: quia olim non solū donari, verū etiā quolibet modo alienari poterat, vt latiùs supra explicatum est, quia non obligatio personalis, sed realis, contrahatur, & obligatione reali potest quis se liberare per rei translationem, vel dimissionem, non autem à personali, vt probatur in *l. cū fructuarius. in fin. cum. l. sequent. ff. de vsufructu. & supradictum est.*

1. Intellectus. aucl. l. si domus. §. fin.

Non obstat tertium argu. ex *l. pri. C. de fundis patrimonialibus. lib. 11.* quia ad illam legem possumus multis modis respondere. Et primo vt aliqui volunt cum glos. & Bartol. esse speciali in emphyteuta fisci, vt possit rem emphyteuticam libere donare, quia non interest fisco, sit res apud vnum, vel apud alium cùm habeat actionem realem, quæ fundi sequitur possessorem, vt in *l. imperatores ff. de publica. & vectigal. & per totum titulum. C. si censu vel reliquis &c.* secus autem in priuato, quia si res emphyteutica alienetur, non habet contra possessorem aliud remedium, quam agere rei vendicatione, & probare dominium, quod difficillimæ est probationis

Intellectus l. 1. C. de fund. patrimon. lib. 11.

bationis, vt in *l. vis eius & in l. proprietatem. & in l. proprietatis. C. de probation.* Sed hæc solutio ad *dictam* l. primam placere non potest, quia cùm ius emphyteuticum eo tempore super re, quasi census imponeretur, etiam priuato daretur ius in rem, quod sequetur fundi possessorem, ideò nulla potest constitui ratio differentiæ inter fiscum, & priuatum. Vera ergo itaque est solutio, quod tempore illius l. primæ ante Zenonem, & Iustinianum, ius emphyteuticum erat ius quoddam censuale, quod rem afficiebat, non personam. Ideò liberè poterat alienari, quia transibat cum onere suo, vt supra latius dictum est.

2. Intellect. ad dict. l. 1. Potest etiam alio modo intelligi illa lex prima: quod emphyteuta siue sit fisci, siue priuati, possit rem emphyteuticam donare sub ea cōditione, si dominus directi dominij consenserit, in qua specie dubium non est valere talem donationem, vel alienationē, argumento tex. not. in *l. si quis locuples. ff. de manumiss. testament.* nec erit contra nostram opinionem, quia in hac alienatione attenditur consensus domini, quem nos in nostra opinione requirimus, & hic intellectus videtur quodammodo probari *in dicta l. prima, ibi Salua. l. fisci.* &c. Sed magis placet præcedens intellectus, qui planus est, & sine aliqua diuinatione.

Ad quartum non obstat etiam tex. in *l. fi. C. de prædijs decurionum lib.* 10. vbi prohibita venditione vel alienatione nō prohibetur donatio, quia respondetur, quod verū est quod prohibita vēditione non videtur prohibita donatio: & ita *si in dict. l. fi. C. de iure emphyteutico.* esset sola prohibita venditio, admitteremus quidem non esse prohibitam donationem iuris emphyteutici. Sed ibidem non solùm venditio, sed & omnis alienatio sine domini consensu prohibita est, nec etiam obstat, quod in illo titulo de prædijs decurionum, vt ex rubrica patet, omnis alienatio sit prohibita: quia respondetur, vt ipsamet *lex fi.* dicit, quod ibi est prohibita alienatio sub commemoratione pretij, quo casu sola venditio, in qua de substantia est pretium, prohibita videtur, & secundum istum modum intelligendi, qui expressè in textu ponitur, debet intelligi rubrica: quæ licet generalis sit, per illas leges debet interpretari, & ad istum intellectum facit gloss. vulgaris in *l. cum dotem. C. de iure doti. & in l. illicitas. in gloss. 1. ff. de offi. præsid. facit glos. in l. si ex pretio. in glos. 1. C. si cert. peta. cum sim mitis cumula.* per *Tiraquellum in tracta. de vtroque retract. in §. in glos. 2. 1. in princip.*

Nec obstat quod etiā in l. fin. C. de iure emphyteutico, fiat mentio de pretio in pluribus locis eiusdem legis, quia id verum est in ea parte, in qua cum venditione dispensatur. In prima autem parte, vbi alienatio sine consensu prohibetur, nulla fit mentio pretij, sed generaliter, & indistinctè sine mentione pretij regula ponitur & ita prædicta inductio magis facit pro nostra opinione, licet malè aliqui vt *Bero. in dict. c. potuit.* existiment argumentum istud facere pro communi opinione.

17 De intellectu §. adeo de locato. Non obstat etiam quintum argumentum ex tex. *in §. adeo. insti. de locato.* vbi expressè permittitur donatio rei emphyteuticę, quia ille textus, si rectè cōsideretur, magis facit pro nostra opinione: ad quod considerandum est quod in illo §. non solum donatio, verum etiam venditio, & omnis alienatio in fine aliqua denunciatione admitti videtur: quo fit, vt ille textus vel ius antiquū respiciat, quo rei emphyteuticę libere erat permissa alienatio, vel illa verba, quæ in illo textu ponuntur, sunt verba contrahentium, nō ipsius textus dispositio. Primum quod ibidem ponatur ius antiquum apparet, quia textus fingit quæstionem, quam dicit esse apud veteres controuersam, vt patet ex eo textu, ibi. Sed talis cōtractus quia inter veteres dubitabatur] & ita ille tex. interpretetur, vt supra interpretati sumus *text. in l. 1. ff. si ager vectig. vel emphyt.*

2. Intellect. ad dict. §. adeo. Secūdo modo, & hic intellectus erit clarior, quod ibidem sint verba contrahentiū, qui etiā hodie possunt circa rem emphyteuticā pacisci, vt sine consensu domini alienari possit, vt in *eadem l. fin. C. de iure emphyteutico.* probatur, & quod illa verba fuerint contrahentiū, apparet ex text. inquit enim. Adeo autē aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & vēditio, item locatio, & cōductio, vt in quibusdā causis quæri soleat, vtrum emptio & venditio cōtrahatur, an locatio, & conductio.] Et subiungit exemplum his verbis. Vt ecce de prædijs, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, vt quādiu pensio, siue redditus præstetur pro his domino, nec ipsi conductori, nec hæredi eius, cuius conductor, hæresue id prædium vēdiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit aliòue quocūque modo alienauerit, auferri liceat] quod exemplum in primis verbis quæstionis, *vsq. ad versiculum, id est,* cōsistere nō potest: tradere enim fruēdum prędium sine alia conuentione, esset notissima constitutio vsusfructus. Non obstante illo verbo *perpetuo*] quod in materia vendi, & fruēdi ad vitam interpretatur arg. tex. *in l. prima ff. pro socio.* & facit tex. *in l. antiquitas. C. de vsufructu.* ideò necessario dicendum est illa verba quę sequuntur, id est, & cætera, referre modum, & formam sub quibus contractum est.

Quod etiā patet, quia in emphyteusi requiritur constitutio pensionis, vt omnes fatentur, & tamen de pensione *ante versiculum, id est,* non est facta mentio, ideò necessario dicendum est *illū versic. id est,* respicere formam sub qua cōtractū est, & quod hoc sit verum, apparet euidenter ex Theophilo illius textus authore, quia in institutionibus suis illa dictio, id est] quę facere videbatur difficultatem, deficit. Qui etiam postquā posuit prædictum contractum à partibus celebratum, cum prædictis omnibus alienandi conuentionibus, subiungit. Quoniam inter veteres dubitabatur, quinam contractus hic esset] quasi manifestè ostēdens vsque ad illum versiculum, propo-

propoſuiſſe factum,& formam ſub qua contractum eſt, in eo autem verſiculo,ſuper illo contractu de iure quærere.

Item hoc apparet,quaſi illa verba eſſent verba iuris,& non facti,vel contractus, conſtitueretur ibi regula ex diametro contraria illi regulæ,quæ ponitur in *l.fi.C.de iure emphyteutico.* Item etiam loquendo de venditione, eſſent prædicta iura contraria,quia in *dict.l.fin.*in venditione requiritur denunciano, vel requiſitio, quæ in
18 *dicto §.adeo* non requiritur. Ideo neceſſario dicendum eſt in textu illo *dicti §.adeo.*nõ poni naturam legalem contractus emphyteutici, ſed partium expreſſam conuentionem, quæ poterant etiam in contrarium conuenire,vt res non alienetur.Ideò autẽ Imperator eligit illud exẽplum in quo res expreſſè eſt permiſſa alienari,vt oſtenderet ſimilitudinem,quam hic contractus cum venditione habet,quæ ex hoc pacto maximè oſtẽditur.Quia ſi emphyteuta ex pacto alienare poteſt,ergo efficitur dominus, ſicut emptor,ſi enim fingeretur caſus in quo conuẽtum eſſet,vt non alienaretur, nihil ferè commune haberet cum venditione,ſed omnimodo vincerent iuris conſulti,qui hunc contractum locationem affirmabant, cùm conductor vendere non poſſit.vt in *l.Non ſolet.ff.locati.& l.Si quis conductionis.C.de locato.& in l. Adprobationem. & in l. Qui rem propriam eodem tit.*Item etiam quia quoad penſionem non venditioni, ſed locationi ſimilis eſt,ideò neceſſarium fuit proponere quæſtionem eo modo, vt vtriuſque opinionis rationes oſtenderẽtur.Denique in illo §. ſolum quæritur de ſubſtantia contractus emphyteutici,non de natura.Natura enim propria non ibidem conſtituitur, ſed in *l.Zenonis,& in legibus nouis Iuſtiniani,*vt ibidem textus in *dicto §. adeo.* expreſſe dicit ibi.Lex Zenoniana lata eſt,quæ emphytheoſeos cõtractus propriam ſtatuit naturã.

Et hic intellectus manifeſtiſsimè probatur, quia ante legem Zenonis,& Iuſtiniani,aut contractus emphyteuticus ſine obligatione perſonali celebrabatur,vt conſtituendo fundum cẽſualem,vel vectigalem, qui emphyteuticarius dicebatur,vt ſupra latè deduximus, in qua ſpecie non loquitur noſtra opinio, neque textus in l.fi.aut celebrabatur cum obligatione perſonali,vt perſona emphyteutæ obligaretur ad ſoluendum canonem perſonaliter,& hoc caſu ille contractus erat contractus innominatus,qui de iure nouo eſt effectus nominatus.vt *dicta l.prima C.de iure emphyteutic.*& ſuprà dictum eſt. Si ergo erat contractus innominatus, oriebatur actio præſcriptis verbis,vt in *l.iuris gentium.in princ.ff.de pact.*quę actio oſtẽdit illum contractum nullã aliam habere naturam,quam quæ ex præſcriptis verbis oſtenditur. Quo fit,vt ille contractus ſolum naturam conuentionalem habeat, non legalem aliquam propriam naturam. Et ideò ſi conueniat,vt emphyteuta perſonaliter ſit obligatus ad penſionem,ex contractu innominato emphyteutico (erat enim innominatus ante Zenonem)dubium erit,an poſſit rem alienare. Hæc quæſtio non poterit decidi ex natura ipſius contractus propria, ſed regulis communibus decidenda erit, quæ conſtituunt, vt obligatus perſonaliter, obligationem inuito creditore mutare non poſſit,vt ſupra latiùs probatum eſt. Si qua igitur propria natura in *dict.§ adeo,*ponitur, vt alienari poſſit, ea erit, quæ ex conuentione,& quæ ex præſcriptis verbis ipſius contractus colligitur, ex quibus apparet verus ſenſus dicti.§.adeò.& verus ſenſus *l.prima.ff. Si ager vectigal.*quæ eundem ſenſum recipit & habet,& per hoc eſt reſponſum ad 5.& 6. difficultatem quod in illis contrarijs legibus ponatur natura conuentionalis,non legalis.

Non obſtat etiam ſeptima difficultas quod 19 *Aliquando dominus alienare non poteſt.*
emphyteuta,dominium vtile habeat, & natura dominij ſit,vt qui id habeat,alienare poſſit,quia id verum eſt,niſi aliquid extrinſecus impediat. Accidit enim aliquando vt qui dominus ſit, alienare non poſſit.]vt in principio inſti. quibus alienare licet, vel non. & in §. *nunc admonendi. eod titul.*vt in minore,Eccleſia,& marito ac alijs, vt latiùs diximus in libello de Redditibus Eccleſiaſticis.4.parte.cap.6.in num. 11.& ita licet emphyteuta dominus ſit, alienare non poteſt, quia natura obligationis perſonalis, qua ipſe conſtringitur,hoc efficit,vt mutari emphyteuta ſine domini conſenſu non poſſit. Item ne dominus,qui creditor eſt,in plures aduerſarios diſtrahatur,qui cum vno contraxit, vt ſupra dictũ eſt,& ita naturam dominij generalem, quæ eſt vt alienari poſsit, immutatur à natura ſpeciali obligationis perſonalis, quæ in contractu emphyteutico verſatur.Et hoc probatur, quia aliàs fatendum eſſet,emphyteutã poſſe libere vendere irrequæſito domino quod in *dicta.l. fin.*expreſſè prohibetur.Item hoc efficeret,vt regula dictæ l. fi.quæ negatiua eſt affirmatiuè deberet concipi.

Non obſtat inſuper octaua difficultas,quod in *dict.l.fina.*permittatur emphyteutę vẽditio,vt commodum emphyteuta ex meliorationibus ſuis conſequi poſſit: idque commodum in donatione verſetur, quia licet commodum emphyteutæ in illa permiſſione lex reſpiciat, tamẽ reſpicit etiam vtilitatem domini directi dominij,vt ei fiat denunciatio,& ei offeratur conditio,vt poſsit rem ſibi habere pro pretio quod ab alijs offertur, quæ ratio efficit,vt donatio impediatur,cùm in ea non ſimilis offeratur conditio.Nec ſufficit ſi ſatisfiat cõmodo emphyteutæ,niſi etiam domino conſulatur,cùm hæc duo inſimul requirantur,ad quod facit regula vulg. *l.ſi heredi plures.ff de condi.inſtitu.*

Non obſtat etiam nona difficultas, quod 20 *Quando teneatur quis permittere quod ſibi non nocet,& alteri prodeſt.*
quis teneatur facere, vel pati quod ſibi non nocet,& alteri prodeſt,quia id verũ eſt, niſi in mutãda obligatione perſonali,id enim etiãſi maximè vtile eſſet,creditor facere non tenetur, nec pati vt fiat. *l. Si mandato meo verſ. at ſi nolit creditor.ff.mandati* vt ſupra dictum eſt. Sicut etiam videmus,

videmus, quòd inuito domino vſusfructuarius, etiam in melius, non poteſt mutare formam rei, in qua vſumfructum habet, vt. *l. hactenus in §. fina. cum l. ſequent. ff. de vſufruct.* bonus tex. in. *l. fin. de vſu. & habita.* & ideò licet domino non noceret, eo inuito emphiteuta alienare nõ poteſt. Ex his omnibus ſupradictis apparet, veram eſſe hanc concluſionem, quod emphiteuta ſine conſenſu domini rem emphiteuticam, vel ius ſibi competens donare non poteſt.

Ex quibus eiſdem rationibus etiam deducitur contra communem opinionem, quod emphiteuta ſine conſenſu domini non poſſit rem emphiteuticam permutare, quia cum in permutatione ceſſet illa oblatio, cùm qua in venditione eſt diſpenſatum, cùm in ſpeciebus non ſimilis functio, ſicut in pecunia detur, vt in *l. in nũmis. ff. de in litem iuran. & in. l. 2. in §. mutui. ff. ſi certum petat.* remanebit hic contractus ſub illa regula, in qua alienatio rei emphiteuticæ prohibetur.

Contra doctores.

21 Deducitur etiam ex ſupradictis, quod emphyteuta, etiam ſocio emphiteuſis, vendere partem ſuam non poſsit, niſi præcedente oblatione quæ in venditione, quæ fit extraneo, requiritur, licet doctores communiter contrarium teneant. *Bart. & omnes in l. qui Romæ. §. duo fratres. q. 10. de verbor. oblig. Iaſ. l. ſi domus §. fi. ff. de lega. 1.* vbi plures refert, & hæc opinio noſtra probatur manifeſtè, quia ſocius iure communi non poteſt rem retrahere pro pretio, quod ab extero offertur, vt in *l. dudum. C. de contrahen. emptio.* dominus autem directi dominij hoc ius habet, vt in *dicto cap. potuit, & in dict. l. fin.* ergo dominus in venditione rei emphiteuticæ, præfertur ſocio emphiteutæ. Si ergo præfertur, debet ei offerri prædicta conditio, & fieri denunciatio, quæ pro conſeruando hoc iure prælationis eſt inducta & ita apparet in hac materia nõ differre ſocium emphyteutæ ab extraneo.

Neque opinioni noſtræ obſtant aliqua, quæ in contrarium à doctoribus allegantur. Primo non obſtat tex in *l. voluntas. C. de fideicommiſſ.* vbi prohibitus alienare extra familiam poteſt ſocio partem vendere, vel alienare: quia reſpondetur id eſſe ſecundùm voluntatem defuncti expreſſam: defunctus enim qui extra familiam prohibuit alienari, cõceſsiſſe videtur vt in familiam alienari poſsit, nimirum ſi conſocio qui eſt de familia alienare poſsit. Sed in materia noſtra res emphiteutica prohibetur alienari, non reſpectu certarum perſonarum, ſed generaliter, quo fit vt hæc prohibitio eodem modo excludat ſocium, ſicut excludit extraneum.

Probatur in l. inter omnes C. de præd. minor

22 Non obſtat etiam text. *in cap. imperialem. §. præterea. de prohibita feudi alienatione per Federic.* vbi vaſſalli poſſunt inter ſe feudum diuidere, quæ diuiſio vim alienationis in ſocium factæ habet, vt in *l. 2. C. de fundo dotali.* quia illi textui poſſumus reſpondere. Primo, quod diſpoſita in re fundali circa alienationẽ nõ trahãtur ad emphiteuſim, quia alijs caſibus, & alio modo fit prohibitio alienationis rei feudalis, quam rei emphyteuticæ, vt patet ex text. in *cap. 1. qualiter olim poterat feudum alienari in princip.* vbi vaſſallo licebat partem feudi alienare.

De intellectu text. in c. imperialem. in §. 8. de prohibit. aliena. per Federic.

Item in *dict. §. præterea in fin.* expreſſè probatur quod dominus directus feudi non poteſt inuito vaſſallo ius ſuum, vel dominum directum alienare, & tamen omnes fatentur dominum directi dominij rei emphyteuticæ, hoc facere poſſe, ſine conſenſu emphiteutæ, & ſine aliqua denunciatione, & ita oſtenditur hoc argumentum à ſimili, de feudo ad emphyteuſim, non procedere: cùm ferè in omnibus deficiat. Quod ſi dictum argumentum verum eſſet, doctores ſibi ipſis repugnarent, donationem rei emphyteuticæ inuito domino admittentes, cùm hoc in feudis expreſſè prohibitum ſit, vt habetur in *c. 1. §. donare. Qualiter olim feud poterat aliena.* bonus tex. *in cap. cum apoſtolica. de ijs, quæ fiunt à prælato ſine conſenſu capituli.* Secundum etiam modo poſſumus reſpondere ad dictum text. quod loquatur in diuiſione, quæ licet alienatio ſit, eſt tamen neceſſaria alienatio quodammodo, vt euitentur diſcordiæ, quæ in re communi accidere ſolent: vt in *l. Cum pater. §. dulciſsimis. de legat. 2.* bonus textus in *l. In hoc iudicio. §. ſi conueniat. ff. communi diuidundo.* prohibita autem alienatione, alienatio neceſſaria non cenſetur prohibita. vt *l. 1. ff. de fund. dotal.* & dominus, qui duobus rem in emphyteuſim conceſsit, etiam diuidere permiſiſſe videtur, quia ex natura ipſa & lege permiſſa diuiſio eſt. Sed hæc ſolutio quatenus de diuiſione loquitur, non ita indiſtinctè eſt admittenda, quia tamen requirit altiorem indaginem, omittendam cenſui, ideo magis placent aliæ ſolutiones.

2. intellect. ad dictam. c. imperialem

Non obſtat etiam ratio, quæ in contrarium adducitur. ſ. quod ideò lex prohibitionem inducit rei emphiteuticæ, quia ſi res venderetur ſine domini voluntate, non eſſet domino conſultum remedio actionis contra illum tertium, quæ ratio ceſſare videtur, quando ſocio venditur. Quia poſſumus reſpondere iſtam rationem nõ eſſe expreſſam in lege, vt ab ea argumentemur, neque hãc ſolã rationẽ eſſe, ſed aliam validiorem, ne inuito creditore obligatio mutetur, quæ ratio vendicat ſibi locum, ſiue in totum, ſiue in partem fiat mutatio, vt idem iuris ſit in parte, quod in toto, vt regula vulga. *l. Quæ de tota. de rei vendica. & in l. Qui ſcit. ff. de vſur.* & pro iſta noſtra ſententia facit textus, quem ibi notant doctores antiqui in *l. Cum hi. § ſi vni. ff. tranſact. verſi. ſed ſi plures* vbi ita inquit *Vlpian.* Sed etſi pluribus ſundus ad alimenta fuerit relictus, & hi inter ſe tranſigant ſine prętoris auctoritate, facta tranſactio rata eſſe non debet] Et ita verius puto quod emphyteuta non facta domino prędicta denunciatione, non poſsit etiam ſocio emphyteuſis vendere.

23 Ex ſupradictis etiam deduci poteſt, eandem denunciationem: quæ in venditione requiritur, requiri etiam in pignoris conſtitutione contra do-

In pignoris conſtitutione re-

quiritur denunciatio sicut in venditione.

tra doctor: sicut enim in venditione potest dominus offerre pretium, ita etiam quādo res pignoratur, potest etiam mutuare pecuniam, sub qua pignoratur, nam si admitteretur pignoratio sine domini consensu, nulla ei facta denunciatione, necessario etiam permitteretur venditio, per text. nota. in *l si pupillorum. §. si pupillus. ff. de reb. eorum.* vbi ad pignorandum rem pupilli decretum est necessarium. In venditione autem ipsiusmet rei pignoratę non tenetur creditor nouum adhibere decretum, sed potest ius suū vendendo prosequi. Facit optimus text. in *cap. literis de rescript.* Ita in nostra materia, admissa semel pignoratione, creditor non teneretur consensum domini expectare, nec ei oblationem facere, & ideo hæc solennitas in pignorationibus adhibenda est, cùm ius constituatur in re, & ex pignoratione domino fiat præiudicium.

Non obstant aliqua quæ in contrarium allegantur. Primo, non obstat quod pignus nō possit cadere in re propria, vt in *l. neque pignus. ff. de regu. iur.* quia his supra responsum est, quod ratione vtilis dominij, quod sibi deficit, potest in re propria cadere pignus. Non obstat etiam secundo text. qui allegatur in contrarium. in *l. lex vectigali. ff. de pignoribus & l. Tutor. §. fin ff. de pignora. actio.* vbi fūdus vectigalis, vel emphyteuticarius potest pignorari, quia illis legibus satis supra responsum est. nu. 3. & sequent.

Circa prędicta quærunt etiam doctores, an emphyteuta possit nulla facta domini requisitione, re in emphyteusim dare? in quo doctores communiter concludunt idem quod in donatione, vt sine domini consensu, & denunciatione, in emphyteusim dare posit: vt per *Feli. cap. quæ in Ecclesiarum. num. 68. latè extra de constitutio.* Nos vero tenemus nouam sententiam, vt non solum sine voluntate directi domini id fieri nō possit, verum etiam eo consentiente, non possit emphyteuta nouum sibi emphyteutam constituere. pro opinione communi possunt allegari plures rationes & tex.

124 *Vtrum emphyteuta possit alium emphyteutam constituere.*

Primò, in hac materia iuris emphyteutici maximè inspicitur id, quod inter partes conuētum est, vt in. *l. 1. 2. & 3. C. de iure emphyteutico. & §. adeo. de locato.* Et in omnibus etiam alijs materijs, pacta quæ non sunt turpia, debent obseruari: vt in *l. iuris gentium. §. prætor ait. ff. de pactis.* nihil ergo obstat, vt alius emphyteuta ex voluntate domini constitui possit.

Secundò pro communi opinione facit text. qui videtur expressus in *cap. pri. §. similiter de lege. Corradi. in vsibus feudorum.* vbi expresse probatur, quod vassallus, qui sicut emphyteuta dominiū vtile habet, potest rem feudalem in feudum alij concedere: idem ergo dicendum est in emphyteuta, cùm in hoc pares sint termini, & eadem ratio.

Tertio pro ista facit text qui videtur expressus in *l. Cum sponsus. §. in vectigalibus. ff. de Publiciana in rem actione.* vbi in re etiam aliena, si constituatur emphyteusis, vel vectigal, dabitur Publiciana ergo sine domino potest cōstitui ius emphyteuticarium.

Quarto pro hac parte dubium non est, quin ille qui rem præscripsit, habet tantum vtile dominium, vt *in authen. nisi triennale. C. de bonis matern.* & tamen rem quā quis ex præscriptione acquisiuit, posset quis dare in emphyteusim. Ergo ille, qui habet solum vtile dominium, quale etiam habet emphyteuta, poterit etiam dare in emphyteusim.

Quinto pro communi sententia ex senatus consulto Trebelliano, in fidei commissarium, restituta hæreditate, solum transfertur dominium vtile, non directum. vt in *§. restituta in fine* ibi vtiles actiones *] de fideicomiss. hæredi.* sed dubiū non est, quod fideicommissarius possit rem ex fideicommisso habitam, in emphyteusim dare, ad quod facit bonus tex. in arg. in *l pri. versi. bonorum quoque. ff ad Trebellia.* Ergo ille qui habet vtile dominium tantum potest in emphyteusim dare, & idem in bonorum possessore, quia est hæres vtilis, vt in *§. quos autem. insti. de bono. possessio.*

Sexto pro ista parte facit tex. in *l. nemo prohibetur. C. locati.* vbi qui habet rem locatam potest eam locare, ergo eodem modo ille, qui habet rem in emphyteusim, potest eandem in emphyteusim concedere.

Sed pro nostra opinione, quod emphyteuta etiam domino consentiente non possit alium efficere emphyteutam, facit, quia contractus emphyteuticus, vt ex eius diffinitione patet debet fieri super re immobili vt in ea re transferatur dominium vtile in emphyteutam, directo apud dominum remanente. Sed si emphyteuta posset alium efficere emphyteutam, posset ius emphiteuticum sine dominio consistere. Nam dominium directum est apud dominium, vtile verò apud primum emphyteutam, & ita apud secundum non est aliquod dominium, in quo ius emphyteuticum cōstitui possit: & ita ex defectu materię emphyteuta emphyteutæ esse nō potest, quia dominiū nō potest esse apud plures in solidū, vt in *l. si vt certo. §. duobus vehiculum. ff. commodati. & l. quod contra. §. vni duo. ff. de regulis iuris.* & not. in *l. 3. §. ex pluribus & §. ex contrario. ff. de acquir. possess.* neque dominum vtile potest aliud vtile producere, vt lat. diximus in tract. de Reddi. Ecclesiast. 3. parte. c. 2. fac. tex. not. in *l. hæres furiosi. in §. fi. ff. de petitio. hæredi.* vbi vol. glos. quod officium iudicis mercenarium non potest aliud officium iudicis producere, cum alij deseruiat: trad. *Alexand. in l. duor. 10 in. §. ob donationes. nu. 6. ff. solu. matri.* facit tex in. *l. sic eueniet. ff. ad. l. Iulian. de adult.* ita etiam dominium vtile emphyteutæ aliud dominium vtile producere non potest, & quia tota difficultas huius quęstionis versatur in responsionibus eorum, quæ in contrariam partem adduximus, ideò ad eorum explicationem deueniamus.

Materia emphyteusis. 25

Non obstant ergo quæ primo ex aduerso allegantur, quod pacta quæ turpitudinem nō habent

bent

bent, ſunt ſeruanda, maximè in contractu emphyteutico. Ideoque nihil obſtare videatur, vt domino conſentiente, emphyteuta emphyteutæ effici poſſit, quia imò obſtat pactum contra ſubſtantiam cõtractus, etiamſi nullam turpitudinem contineat, non valet, vt in *l. Cum precario. ff. de precario & l. Vbi ita donatum ff. de donat. cauſ. mort.* bonus tex. *in l. in conuentionibus in fi. ff. de verb. oblig.* nec enim partium voluntate effici poteſt, vt emptio ſine pretio conſtituatur, vt. *l. pacta cõuenta ff. de contrah. emptio. & l. empti fides C. eo titu. & in l. naturalis in §. & ſiquidem ff. de præſcriptis verbis.* contra ſubſtantiam autem contractus emphyteutici eſſet efficere emphyteutam, qui nullum ius in re emphyteutica haberet.

De interpretatione text. in c. 1. in § ſimiliter.

Non obſtat ſecundo text *in cap. primo, §. ſimiliter.* vbi poteſt res feudalis à vaſſallo dari in feudum, nec vaſſallus in hoc differt ab emphyteuta, cum in vtrumque dominium vtile transferatur. Quia reſpondemus: primo, quod pro ſolutione conſiderandum eſt, quòd text. notab. in
26 *l. vni. ff. de vſufructu legato* inquit. Quod ſi teſtator
leget vſum fructum alicuius ſeruitutis realis, quia ſeruitus ſeruitutis dari non poteſt, vſus fructus non poterit conſtitui: tamen vt voluntas defuncti ſeruetur, cogendus erit hæres incerti actione, incertum enim eſt quod petitur, & ſine nomine, vt vſum illius ſeruitutis præſtet, licet verè ſeruitus deberi nõ poſſit. Inquit enim lex; Nec vſus, ne vſufructus itineris, actus, viæ aquęue ductus, legari poteſt, quia ſeruitus ſeruitutis eſſe non poteſt, nec erit vtilè ex ſenatus conſulto. quo cauetur, vt omnium quæ in bonis ſunt vſusfructus legari poſſit, quia id nec ex bonis, nec extra bona ſit: ſed incerti actio erit cũ hærede vel legatario, quandiu vixerit, eundi, agendi, ducendi; facultatem præſtet:] & ita licet ex defectu materiæ ſeruitus non ſit, eo tamen modo quo poſſit ſeruãda eſt voluntas, ita in materia noſtra. & in *dicto §. ſimiliter.* licet res data in feudum dari in feudum iterum non poſſit, & res emphyteutica in emphyteuſim dari non poteſt, quia dominium vtile dominij vtilis, ſicut neq; ſeruitus ſeruitutis, dari non poteſt, tamen ſi id fiat. & inter partes õnes hoc conueniat, ſeruanda erit partium conuentio, non vt ille ſecũdus emphyteuta ſit, neq; feudũ propriũ habeat, ſed ex cõtractu innominato poterit conueniri, & ita *in § ſimiliter.* non erit proprium feudũ, ſed feudum non habens propriam naturam feudi, de quo, in *titulo de feudo non habente propriam natu. feud. in vſibus feudorum*: & eſt regula vera, quod vbicunque feudũ conſtituitur alio modo, quàm ſecundũ diffinitionem feudi, illud feudum erit improprium, & ideò ſi vaſſallus in feudo ſuo cõſtituat ſibi alium vaſſallum, iſtud ſecundũ erit impropriè feudum, quia non eſt dominiũ, quod tranſeat in hunc vaſſallum ſecundum, domino remanente vtiliter primo feudatario, & ita in quæſtione noſtra, nõ erit cõtractus emphyteuticus, ſi conſentiente domino emphyteuta alium efficiat ſub emphyteutam, cùm non ſit dominium in quo emphyteuſis cõſiſtat, ſed erit quidam innominatus, & præſcriptis verbis ad eius implementum agendum erit, & erit contractus facio, vt des; emphyteuta enim iſte, qui ob penſionem permittit vti te, iſtum ſecundum nõ dat (cum nullum ius reale transferat) ſed facit, vt alius det penſionem, & ita actio præſcriptis verbis oritur, vt in not. in *l. naturalis §. quod ſi faciam. ff. de præſcriptis verb.* & ita *dictus §. ſimiliter* intelligi debet in feudo improprio, quia per eum non transfertur vtile dominium. Poſſet etiam ille text. intelligi, licet feudiſtis forſan non placebit, quod ibi trãsferatur feudum mutando vaſſallum, & quod ſit vaſſallus immediatus iſte vltimus, & tũc nulla vitiatur regula, ſicut emphyteuta de voluntate domini, alienat emphyteuſim, vt *in dict. l. fin.* & ipſe non remanet amplius emphyteuta, & tenendo iſtum intellectum ceſſant omnia inconuenientia.

Non obſtat etiam quod tertio opponitur de 27
l. cum ſponſus, in §. in vectigalibus, ff. de Publiciana in rem actio. vbi ſine dominio poteſt conſtitui ius emphyteuticum, vel vectigale, ergo dominium non eſt ſubſtantia contractus emphyteutici: quia reſpondetur, quod ſicut datur dominium directum verum, & vtile dominium etiam verum, ita etiam datur quaſi dominium directum & quaſi dominium vtile, de quo *Rip in rub. num. 46. de cauſ. poſſeſ. & propriet.* & ex quolibet eorum producitur Publiciana in rem actio, cuius reſpectu poteſt conſtitui contractus, etiam emphyteuticus, & ita verum erit, quod ſubſtantia contractus emphyteutici eſt dominium, vel quaſi dominium, & ita non obſtat noſtrę opinioni, quia ſi teneremus ſententiam Doctorum ſine dominio, vel quaſi dominio, conſtitueretur ius emphyteuticum quod fieri nullo modo poteſt.

De generibus dominij.

Quale ſit vtile dominium quod præſcriptione quæritur.

Non obſtat etiam quod ille, qui præſcripſit rem alienam poſſit eam dare in emphyteuſim, licet tantum habeat vtile dominium, quia conſiderandum eſt, quod dominiũ quod præſcriptione quæritur, licet vtile tantum ſit, tamen quodammodo iure dominij directi cenſetur, quia
non cognoſcit aliquem ſuperiorem, nam licet 28
acquiratur tantum dominium vtile præſcriptione, tamen occiditur dominium directum, vt not. gl. in *l ſi ædes meæ, in § libertas in fine ff. de ſeruitu. vrba. prædio. & in l. 3. in §. ex pluribus in fin. ff. de acquiren. poſſeſſio.* & ita cùm non cognoſcat alium, poteſt ipſe recognoſci ab alio, quia dominium ſuum habet eam ſuperioritatem, quam etiam habet dominium directum. Et id, quod doctores malè in alia materia conſtituunt, dominium vtile ſuperius, & inferius, poteſt verè in noſtra materia dici, vt ille, qui pręſcripſit habeat dominium vtile ſuperius, ideſt quod directi dominij iure cenſeatur: dominium enim ſuperius non poteſt dici, quod aliud dominium ſupra ſe habet, licet doctores malè id admittant, neque in iure tale dominium reperitur.

Non obſtat etiam quod fideicommiſſarius

Quomodo fideicommissarius vniuersalis sit vtilis dominus.

29 vniuersalis,qui habet ius vtile , possit date rem
in emphyteusim,quia considerandum est,quod
licer fideicommissarius vniuersalis , hæreditate
restitura sit dominus hæreditaris vtiliter,tamen
singularum rerum habet etiam dominium di-
rectum:nec enim repugnat vt vnus sit dominus
vniuersitatis,alius verò rerum particularium. vt
in *l.1.§.per banc 2.ff.de rei vendicatione* , & patet e-
tiam , quia conuenit titulus,& possessio , quæ
sunt causæ directi dominij vt *l.traditionibus C.de
pactis & § per traditionem insti.de rerum diuisione.* &
ita fidei commissarius vniuersalis , & bonorum
possessor rerum particularium domini sunt di-
recti,vt not.per *glo.in l.2.ff.de bon.posse.hered.petitio
& glos.in l.prima* vbi not.*Ias.nu.1.C.vnde legitimi &
Paul.de Cast.in l.ex asse.circa finem ff.ad Trebell.* Ideò
in emphyteusim dare potest , & ita non obstat
conclusioni nostræ hæc difficultas.

Non obstar vltimum fundamentum pro cō-
traria opinione adductum, quod sicut condu-
ctor,qui habet rem locatam potest alij locare,
ita emphyteuta possit sibi alium emphyteutam
constituere,quia respondetur,quod in locatio-
ne cessat inconueniens quod est in emphyteusi
quia de locationis substantia non est translatio
30 dominij.vt in *l.non solent.ff.locat.* sed solum ver-
satur in obligatione personali , quæ multiplica-
bilis est multiplicatis personis, quæ multiplica-
tio non cadit in dominio , quod est substantia
emphyteusis. Ex quo infertur, quod licet em-
phyteuta possit rem emphyteuticam locare etiā
ad longum tempus,ex tali locatione non trans-
feretur vtile dominium , quia non habet ali-
quod dominium quod transferat ipso remanē-
te domino.

Locatio ad longum tēpus vtrum transferat vtile dominiū.nu.33.

Circa quod notandum est, quod doctores
communiter volunt , quod locatio ad longum
tempus transferat vtile dominium,per text.qui
videtur expressus *in l.prima in §. quod autem ff. de*
31 *superficiebus* vbi ei,qui conduxit ad longum tem-
pus,datur in rem actio,non autem ei , qui con-
duxit ad modicum : facit text.in *l.superficiario ff.
de rei vendicatio.*de quo latissimè per *Tiraquell. in
tracta.de vtroque retract.1.part.in §.1.in glos. 14. nu.
79.cum sequent.*& licet aliqui recentiores velint
reprobare istam sententiam , vt nulla sit diffe-
rentia inter conductorem ad longum tempus ,
vel ad breue tempus , quia text. qui etiam pro
communi opinione allegatur in *l.prima §. qui in
perpetuum.si ager vectigal.vel emphyt.petatur* ,qui cō-
32 ductori ad longum tempus dat in rem actio-
nem, intelligitur etiam in conductore ad mo-
dicum,vt *l.3.eodem tit.*quæ inquit. Idem est etsi
ad tempus habuerim conductum, neque tem-
pus conductionis finitum sit.] Et ita videtur ibi
reprobari illa distinctio,quæ à doctoribus fit in-
ter locationem ad longum , vel ad modicum
tempus , tamen in hoc vera est communis opi-
nio per *dict.l.1 ff.de superficiebus.*

De intelle. l.3 ff.si. ager vectigal.

Nec obstat *dicta l.tertia:* primò quia intelle-
ctus *glos. ibidem* interpretandis ad tempus, scili-
cet non modicum,est verus , & potest sustineri

Primus intellect. dic. legis,3.

licet recentiores dicant continere diuinationē,
quia ibidem dicitur ad tempus,ad differentiam
locationis in perpetuum factæ , de qua supra
loquitur.& ideò bona est interpretatio , vt in l.
prima dictum sit de locatione in perpetuum in
l.vero.3.de locatione ad longum tempus , quæ
perpetua non sit.

Secundò,licet,ille tex.*in dict.l. 3.* intelligatur
de locatione ad modicum tempus , & dicatur
quod detur actio in rem,& ita non fiat differē-
tia inter locationem ad longum tempus,vel ad
modicum,tamen non obstat , quia particulari
ratione ex illa locatione datur in rem actio: ad
quod reperendum est,id,quod supra latiùs ex-
plicauimus,quod ille *titulus si ager vectigal.vel em-
phyteuticarius pet.* loquitur de illis fundis,qui dā-
tur ad vectigal,vel censum,& ita de fundis ve-
ctigalibus,censualibus , vel emphyteuticarijs ,
quorum hæc erat natura,vt fundus ipse domi-
no directo esset obligatus,& non persona , cui
fundus locabatur,vt in *l.imperatores ff. de publica-
nis,& vectigal.*vt autem fundus domino sit obli-
gatus , necesse est quod dominium aliquod à
domino abdicetur,alioquin res propria nō pos-
set sibi obligari, vt *in l.neque pignus ff.de reg.iur.*eo
ipso ergo quod dominus locat fundum,eū cen-
sualem efficiendo,vel pro pensione pignoran-
do,transfert vtile dominium , etiamsi locatio
ad modicum tempus fiat,quia in consequentiā
necessariam hoc venit.

3.Intellect. dict.legis.

Ex locatione ad non longum tēpus aliquā do dominium transfertur.

Et pro ista interpretatione est text. expressus 33
in *l.Proculus ff.de vsufructu.in princ.* facit tex. *in l.
Denique in § interdum.ff.de pecul.legato.cum ibi not.*
& ita debet declarari text. in *l.non solet ff.locati.*
vbi inquit tex,non solet locatio dominiū trans-
ferre,]vt id verum sit,nisi locatio ita constitua-
tur,vt pro pensione res censualis efficiatur , vel
pignoretur,quia cū natura pignoris sit, ex parte
pignorantis sit dominiū, vt in *l.rem alienam ff.de
pigno.actio.*ex parte vero recipientis requiratur,vt
res non sit sua,vt *dicta l.neque pignus.ff.de regu.iur.*
necessario deducitur,quod ex prædicta locatio-
ne dominiū transferatur,etiam si ad modicum
tempus facta fuerit , & hoc siue locatio à repu-
blica fiat,siue à priuato , cùm eadem sit ratio,
quicquid aliqui velint,vt *Pinell.in l.prima,de bonis* 34
maternis in 3.part.nu. 67. cùm ita sint seruandæ
conuentiones priuatorum in contractibus suis,
sicut quando à republica fiunt.

Intellect l. non solet. ff loca.

Si autem ad longum tempus fiat locatio:sine
dubio transfertur dominiū,vt dictum est,quod
ex natura talis locationis est,non ex substantia.
Non enim ideò minus erit locatio, si dominiū
ex accidente non transferatur,vt in nostra ma-
teria,quando emphyteuta locat ad longum tē-
pus,quia nullum transfert dominium , nullum
est enim quod transferat eo domino remanēte.

Ex quibus omnibus apparet verām esse no-
stram opinionem quod emphyteuta, etiā do-
mino consentiente,alium emphyteutam con-
stituere non potest,sed erit quidam innomina-
tus contractus,si id fiat.

CAP.

C A P. III.

Vtrum contractus emphyteuticus sit bonæ fidei, & an de iure canonico omnes contractus sint bonæ fidei: & de intellectu text. in cap. cum dilecti. de donat. & l Titia. §. Seia. ff. de auro & argen. lega.

S V M M A R I V M.

1 *De iure canonico etiam sunt contractus stricti iuris*
2 *Intellectus cap. cum dilecti de donation.*
3 *An fauore religionis debeat fieri in maiori quantitate interpretatio, & de intellect. l. Titia §. Seia. de aur. & argent. legat.*
4 *Nonus sensus dicti. §. Seia.*
5 *Doctores errant in intellectu, c. cum dilecti.*
6 *Donatio, an sit proprie contractus.*

CVm materiam iuris emphyteutici semel interpretari cœperimus. Videndum est, an emphyteusis contractus sit stricti iuris, vel bonæ fidei. & cõmuniter *docto. post Specul. in tit. de locato. §. nunc aliqua. vers. 3. & ibi Io. Andr. in Addi. & Bal. in l. 3. 13. diff. de iure emphyteutico. vbi etiam Ias. numero. 76. & Cardi. num. 7 in dict. c. potuit.* volũt quod sit contractus stricti iuris, tam iure canonico, quã ciuili.

Et pro huius quæstionis explicatione, notandum est, quod aliqui volunt quod omnes contractus de iure canonico sint bonæ fidei, vt *Bal. in cap. primo ad fi. de plus petitioni.* quem referunt recentiores, *in §. actionum. inst. de actio.* sed eius opinio falsa est. Non enim dicuntur aliqui contractus bonę fidei, ad differentiam aliorum cõ-
1 tractuum, qui sint malæ fidei, nam nec iure ciuili admittitur mala fides in contractibus, vt in *l. si quis cum aliter ff. de verbo. obliga.* Sed ex eo dicuntur bonæ fidei, quia in eis magis exuberat bona fides, vt ex æquo, & bono in eis maximè procedatur, non ex rigore iuris ciuilis, vt *l. bona fides ff. deposit.* facit bonus text. *in l. codicillis. §. Lucius ff. de lega. 2.* Et ideò æquitas iuris canonici non repugnat, vt repetiantur contractus stricti iuris.

Bona fides qualiter accipiatur.

Et quod etiam iure canonico sint actus stricti iuris, probatur, nam & præscriptio, quæ bonam fidem requirit, maximè iure canonico stricti iuris est, vt in *cap. cum contingat* & ibi not. *de decimis,* & latissimè per omnes. not. in *cap. auditis de præscriptio,* bonus text. cum glos. *in l. pri. in §. hoc interdicto ff. de itinere, actuque priuato.* & idem est in consuetudine quæ etiam iure canonico stricti iuris est vt not. in *cap. fin. de consuetudine.* Et idem dicimus de sententia, quę stricti iuris est, vt in *l. Marcellus & in l. Cùm prætor ff. de iud. & in l. diuus ff. de re iudic.* facit text. cum ibi not. in *l. prima, C. si aduers. rem iudi.* notat *Bart. in l. Iulianus verum debitorem in 3. colu. ff. de condictio. indeb.* & per *Fel. in rubrica de re iudic.*

Præscriptio est stricti iuris.

Et quod de iure canonico seruetur idem, quod seruatur, de iure ciuili, ex eo apparet, quia aliàs ex ista bona fide, & æquitate canonica, constitueretur maxima inæquitas vt idem exigeremus à donatario, quod a venditore exigimus, quod neque iure canonico, neque ex aliqua certe ęquitate admittitur, vt in *l. ad res donatas ff. de ædili. edict.* Ad res donatas, inquit *Modestinus*, edictum ædilium curulium non pertinere dicendum est, quid enim se restiturum donator repromittat, quando nullum pretium interuenit? quid ergo si res ab eo cui donata est melior facta sit, nunquid quanti eius, qui meliorem fecit interest, donator conueniatur quod minimè dicendum est, ne eo casu liberalitatis suæ donator pœnam patiatur Itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quę in rebus venalibus ædiles repromitti iubent.] Quod prouerbio nostro Hispano rectè explicatur, & idem apud Diuũ Hieronymũ legitur: Noli dentes equi inspicere donati, de quo parœmiographus meminit. Si enim materiã ligneam, vel lapideã, qualis est materia contractuum stricti iuris, velimus extendere, vel diducere, sicut materiam plũbeam, seu auream, qualis est materia cõtractuũ bonæ fidei, nõ esset ex bono & æquo procedere, sed materiã corrumpere Nam vt elegãter *Cicero in 3. offic.* refert, Q. quidẽ Scæuola Pontifex maximus, summã vim esse dicebat in omnibus ijs arbitrijs, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonæ nomen existimabat manare latissimè, idque versari in tutelis, societatibus, fiducijs, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitæ societas continetur, in his magni esse iudicis statuere, præsertim cum in plerisque iudicia essent contraria, quod quemquam cuique prestare oporteret.] Quis enim negare poterit aliter cum fœneratore agendum; aliter, cum eo, qui depositũ vt amicus recepit, de quo *Aristo. particul. 29. problema. 2* cuius ratio verissima est, licet ea non placeat *Alciato lib. 2. Parerg. cap. 36.* æquissimũ enim est, vt si depositarius dolo versetur, durissimè cum eo agatur, aliter quam cum fœneratore, vt in *l. qui depositum. C. deposit.* si verò sine fraude sit, illi maximè succurratur, vt *in l. quod Nerua ff. deposi.* & hoc elegantissimè explicat *Aphricanus in l. si seruus cõmunis per totam legem ff. de furt.* Sed solũ eius verba referemus in verticu. quod vero. Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait. Num æquè dicendum sit omnino damnũ præstari debere, & quidem hoc amplius, quàm in superioribus causis seruandum est, vt etiam si ignorauerit is, qui certum hominem emi mandauerit furem esse, nihilominus tamen damnũ decidere cogatur, iustissimè enim procuratorẽ allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset, idque euidentius in causa depositi apparere, nã licet alioquin æquũ videatur nõ oportere cuiquam plus damni per seruũ euenire, quàm quanti ipse seruus sit, multo tamẽ æquius esse, nemini officium suũ, quod eius cum quo contraxerit, non etiamsi cõmodi

Ex æqualitate omnium contractuum resultat maxima iniquitas.

Contra Alciatum.

causa, susceperit, damnosum esse.] Circa quem text. nisi breuitati consuleremus essent multa dicenda, sed vide *Barto. in l. si procurator colu. 1. in fi. ff. de condictio. indebi. & in l. quod Nerua nu. 30. ff. deposit. & Bal. in l. falsus col. 10. C. de furt. cum sequent. & in l. quæ fortuitis 7. colu. nu. 20. C. de pignor. actio. & Albe. in l. 1. nu. 16. C. de summ. Trinit. & fid. cathol. Deci. consi. 686. nu. 6. & 665. nu. 4. Hippo. in rub. ff. de fideiuss. nu. 186. & 193 tex. in l. exceptione. ff. de fideiuss. & l. Quintus ff. mandat. & Paris. consi. 151 nu. 30. cum sequent. 4. vol.*

Ex his apparet equitatem exigere, vt non vna regula omnes contractus iudicentur, ideoque idem iure canonico, quod æquitatem maximè respicit, est obseruãdum, imò etiam in iure canonico videtur quodammodo expressum, quod sint cõtractus stricti iuris, in quibus summo iure sit agẽdum, & bonæ fidei, in quibus de bono & æquo: nam in *cap. cum venerabilis de exceptio.* argumentatur textus, loquens de permutatione, dicendo, quod est contractus bonę fidei, quasi sentiat non omnes contractus esse bonæ fidei, alioquin argumentum specialiter in illo contractu non concluderet, si id esset commune omnibus contractibus.

De interpretatione c. cum dilecti. de donatio. & inf. num. 5.

2 Sed licet dicta opinio, quod iure etiam canonico sunt contractus stricti iuris sit vera, est tamen textus fortissimus ex quo videtur cõtraria illa opinio Bal. probari, quòd omnes contractus de iure canonico sint bonæ fidei, in *cap. cũ dilecti de donat.* licet doctores hoc non considerent. Ibidem enim textus loquendo de quadam donatione, & eius interpretatione, quam fecerat quidam Alanus, inquit tex. illam donationẽ latissimè esse interpretandam. Quia in contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficijs quoque plenissima est interpretatio adhibenda. Ecce text. vbi in donationibus sit plenissima interpretatio, illud enim verbum beneficijs, vt ratio sit conformis quęstioni, pro donationibus sumitur, & tamen nullus est contractus iuris strictioris, quàm sit donatio, vt in *l. eum qui ff. de donation.* ergo ibidem probatur, quod contractus, qui de iure ciuili est strictissimi iuris, iure canonico sit bonæ fidei, & latiùs interpretãdus, quàm sit vltima voluntas interpretanda.

De intelle. l. Titia. in §. Seia. ff. de aur. & arg. lega.

3 Ad illum text. (si sequeremur intellectũ aliquorum tenentium quod fauore religionis, in dubio fiat interpretatio, vt videatur promissum id, quod est maius, & ita latissimè in fauorem religionis fiat interpretatio, vt in *l. Titia §. Seia ff. de auro & argent. lega.*) clara esset solutio. nam *dict. cap. cum dilecti*, apertè loquitur in donatione facta Ecclesiæ, vel pio loco, & ita licet donatio sit de sua natura stricti iuris, tamen quando fit Ecclesiæ, seu pio loco, latissimè est interpretanda. Sed hic intellectus defendi posset, si in *dict. §. Seia.* haberemus literam æream, aut argenteam, nam in illo tex. quidem testator iussit, vt in æde sacra ab hæredibus suis poneretur signum Dei ex centum libris, quæritur, an ex auro, argento, vel ære illud signum poni debeat, & respondet textus, quod si in illa æde solùm signa sint ærea, vel argentea, quod argenteum ponendum erit. Et sic quod maius est, legatum videtur. Et istam literam habuit *Bart.* quam agnoscit *Oloander in castigatio.* suis, vt refert *Episcopus Segobien. in cap. indicante numero 5. de testament.* Sed in alijs libris dicitur, quod in illa æde sola aurea vel argentea signa erant, inquit enim textus. Seia testamento ita cauit, si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam: sin minus autem ab hæredibus meis fieri volo iubeoque signum Dei ex libris centum in illa sacra æde, & in patria statui, cum subscriptione nominis mei. Quęsitum est cũ in eo templo non nisi aut aurea aut argẽtea tantũ sint dona, hæredes Seię, vtrùm ex auro, an ex argento signum ponere compellendi sint, an æreum? Respondi, secundum ea, quę proponerentur argenteum ponendum.] Quam literam habuerunt recenti. *Ias. in l. si ita scriptum in colu. penul nu. 37. de leg. 1. & Deci in l. semper in obscuris num. 6. ff. de regu. iur. & Tiraquell. in tract. de priuileg. pia caus. pri. 25.* sed dubitatum fuit apud antiquos, quæ litera esset melior, vt *ibidem* refert *Albericus.*

Pro ista secunda parte facit text. in *c. ex parte. de censi.* vbi votum factum D. Iacobo, de soluendo mensuram tritici, intelligitur de minori, nec potest sustineri intelle. *Abb.* vt eum referunt supradicti, quod ibi votũ debet solui minori mensura, quia id nõ exigit Ecclesia, sed Ecclesiasticę personæ, quia ratio illius text. habet etiam locũ in Ecclesia: nam si Ecclesiasticæ personæ debẽt respicere æquitatem, nec summo iure exigere, multo magis hoc debet Ecclesia facere. Item quia vt bene aduertit *Decius* licet id exigãt personæ Ecclesiasticæ, exigunt tamen in vtilitatem Ecclesiæ in cuius fauorem votum est emissum, sed si rectè inspiciatur, *Abb.* distinguit, an obligatio respiciat diuinum cultum, vel secus, vt priori casu quod maius est, posteriori autem quod est minus, etiam ab Ecclesia exigatur, distinguit etiam inter legatum & votum, sed verius est semper minus deberi, nisi coniecturis aliud colligatur. 4

De interpretatione c. ex parte de cens.

Intellectus Abb. qui reprobatur.

Ad *dict. § Seia.* habendo hanc vltimam literã, quam nunc habemus, non est necessaria respõsio, cùm concordet cùm supradictis, quę litera videtur magis consona iuri, vt in *dicto c. ex parte.* & etiam ipsimet textui, qui ex eo vult ostendere, statuam ęream non esse ponendam, quia similis illis, quæ ibi repetiũtur, poni debeat, quod argumentum non concluderet, si esset in litera ærea, quod videtur colligi ex responso eiusdem *Scæuola in præcedenti §. qui incipit Sempronia,* in quo etiã eandẽ rationẽ sequitur, vt secũdùm species, quæ repetiuntur interpretetur testatoris dispositio, quod etiã facit sæpissimè *Scæuo. in illo titu. vt in l. Seia dulcissima, & in l. Medic. & in l. Vxori. & in l. qui vxori in § mulier.* & hæc litera ex alia etiam ratione videtur verior: nam cùm ad quæstionem determinandam iurisconsultus adducere videatur, in eo templo non quælibet signa, neque vulga-

vulgaria apponi solere, credendum est non ærea ibi reperiri, sed aurea vel argentea tantum: nam si vulgaria, & nõ vulgaria ponerentur, hne nihil conferret ad sententiam Scæuolę, qui æreũ & vulgare signum negat esse ponendum: debet igitur esse in litera aureum, & non æreum, alioquin ratio illa, Cum in eo templo non nisi ærea, aut argentea sint dona] nihil ad sententiã conferret, quam text. probat, & malè iurisconsultus in ea vim adhiberet, cùm potius id augeret difficultatem, quàm eius opinionem astrueret. Item videtur quod etiam si regula Bar. esset vera, quod debeat solui id, quod maius est, in operis pij fauorem, tamẽ summa est adeò magna, si de auro intelligeretur, vt non sit verisimile, de eo sensisse testatorem: sed cùm iuris consultus, nec patrimonij quantitatem, nec testantis qualitatem exprimat, non potest ex hoc sumi necessario concludens argumentum, nec in hoc ille tex. aliquo modo nititur, cùm & patrimonij quantitas legato, vel duorum milium, vel decem milium aureorum plus minùsve, forsan non repugnaret, ideò melior est supradicta interpretatio, vt cessante omni alia cõiectura pietatis sola nũ sufficiat, & opinio Bar. vera non sit, & vi. tex. in *l. qui lancem de au. & argent. lega.*

Quod si sequi velis litteram, quam antiquiores agnouerũt, vt text. dicat, Cùm in eo templo nõ nisi ærea, aut argentea sint dona] possumus etiam dicere, quod non nocet supradictę opinioni, quæ verior est, vt probatur in *dict. c. ex parte.*

Singularis intellectus. Nam in *dict. §. Seia.* Ideò quod maius est debet solui, quia ex mente testantis hoc colligitur ex præfatione, in qua magnã rem legare, videtur innuere, quia dicit: Si mihi per conditionẽ humanam contigerit, ipsa faciam, si minus autem ab hæredibus meis fieri volo,] quę verba magis statuam ex argento, quàm ære intonare videntur, nam quid dignum tanto feret hic promissor hiatu, sicenti librarum æris statua esset inferenda? ad quod etiam faciunt verba. tex. Cum subscriptione nominis mei. vbi honoris causa, hoc iubet, quod in legato paruo magis foret in contumeliam, vt in *l. at si quis in §. iudex ff. de religios. & sumpt. fune.* Denique ibi concurrunt plura, scilicet legatum Ecclesiæ, & insignũ Dei, & vanitas inscriptionis nomini, cum verbis satis turgidis, quæ statuæ ærę non cõueniũt: fac optimus tex. *in l. sed & si susceperit in §. fi. libertis per totum. § maximè in fi. ff. de iudic.* ibi nec enim verisimile est testatorem qui honorem habitum voluit &c. tã modica fideicommissa prętari voluisse.] Sola remanet difficultas, quæ non minima videtur,

5 in respondendo ad text. in *dict. c. cum dilecti. de donatio.* Sed ille tex. non constituit aliquid speciale pro Ecclesia, cùm ibidem regulæ generales proponantur, tam circa testamenta, quàm contractus.

Iterum de intellect. c. cum dilect. vid. supra. num. 2. Quo autem modo, vel ratione in donationibus, quæ stricti iuris sunt, vt in *l. eum qui supra allegata & in l. Campanus ff. de operum libert. & in l. Cum de indebito. ff. de probatio.* fiat latissima interpretatio, non leuis est difficultas. Nam quod doctores, *Ioan. Andr. in Sũmario, & Imol. & Abb. post glos. & Hostien. in fine, in dict. c. cum dilecti.* volunt, quod ibidem fiat interpretatio latissima, tanquam in beneficijs, ex argumento *l. beneficium ff. de constitu. princip.* nihil habet cum veritate commune, est enim contra dictas leges, quæ strictissimam in donationibus faciendam interpretationem statuunt.

In contractibus etiã stricti iuris mens est attendenda. Ideò considerandum est, quòd licet donatio etiam Ecclesiæ facta sit stricti iuris, & strictè sit interpretanda, tamen non adeò strictè interpretari debet, vt excludatur intentio contrahẽtis, etiamsi verba quodãmodo repugnent. textus est singularis in *l. C. de donation. quæ sub modo.* vbi donatio facta sub ea conditione, si emancipetur, adimpletur absq; emancipatione, si morte patris filius sui iuris efficiatur, & ita in contractibus etiam strictissimi iuris, debet fieri interpretatio, vt non excludatur intentio donantis, etiam si verba repugnent, & hoc modo debet fieri plena interpretatio, etiam in contractibus stricti iuris, quod etiam probat textus in *dicto cap. cum dilecti.* ibi. Euidenter apparet quod hæc fuit mens, & intentio donatoris, &c.] Et ita argumentatur text. quod illa mens contrahentis excludi nõ debeat, quia in omnibus iuris dispositionibus, ita assumi debet interpretatio, vt intentio disponentis non excludatur, & hoc à sufficienti enumeratione probat text. Nam si assumamus contractum, (etiamsi stricti iuris sit qualis est donatio) debet fieri plena interpretatio, vt intentio non excludatur, si assumimus vltimam voluntatem, in ea plenior, si principũ beneficia, plenissima debet fieri, nulla ergo est in iure dispositio, siue iuris stricti sit, siue latioris, siue latissimi, quæ ex intentione disponentis interpretationem non recipiat, & ita prima pars argumenti respicit propriè quæstionem ibi positam, secunda vero, & tertia pars argumenti ex alijs materijs assumitur, in quibus etiam intentio agentis inspicienda est, & ita quidem verbũ illud, beneficium, non pro donatione ibi facta accipitur, sed pro beneficio Principis, sicut aliàs in *dicta l. beneficium ff. de consti. Princip.* vt optimè interpretatur *glos. in l. Princeps bona. ff. de verbor. significatio.* & ita doctores *in dict. cap. cum dilecti.*

Error doctorum. errant in summario illius textus, dicentes in donatione plenissimam fieri interpretationem, cũ textus hoc non dicat, sed potius ita summari debeat, in donationibus, etiamsi stricti iuris sint plena est facienda interpretatio, vt intentio donantis non excludatur, nulla enim ita stricti iuris est dispositio, etiam si odiosa sit, in qua interpretatio ex intentione disponentis non admittatur. Et ea ratione lata fieri debet interpretatio vt videmus in statutis, vt not. *in l. sale pactum ff. de pactis. & in pœnis, vt in l. si quis adulterium ff. ad l. Iuliam. de adulter.* ibi. Verbis non tenetur, sed tamen dicendum est, vt teneatur, ne fraus fiat.] Bonus textus *in l. sed Iulianus, mutui datione & in l. 4. §. penult. ff. ad Senatum. Macedo.* bonus

textus, in *cap. si Ciuitas, vel Castrum. de sentent. excommunica. libr. 6.* ibi. Expedit interpretationem fieri latiorem] Faciunt not. per glos. in *c. fin. de vsuris. lib. 6. in verb. aliter*, bonus tex. in *l. scire oportet. §. si mater. ff. de tutor. & curat. datis ab his.* & latè diximus in interpretatione. *Si ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. supra in lib. 1. cap. 12.*

Et pro hoc intellectu facit, nam donatio de qua *in dicto c. cùm dilecti.* contractus est, ergo illa regula, quæ de contractibus loquitur, ad quæstionem potius est referenda, quàm aliæ regulæ de quibus in tex. nam licet aliqui velint, quod donatio non sit propriè contractus, quia non
6 vtrinque oriatur obligatio, vt in *l. Labeo. §. cõtract. ff. de verb. signific.* tamen in multis iuris locis contractus appellatur. vt in *l. si donationis. C. de his quæ vi, metusue caus. fiunt.* text. etiam in *l. fin. C. de litigios.* bonus text *in l. fi. C. de pactis.* latißimè per *Tiraquel. in ll. connubia post illas. ll. in glos. 3. nu. 37.* & ex parte illius qui obligatur dubium non est donationem esse contractum, vt in *§. alia autem de donatio versi. & ad exemplum.* Item illud esset in donatione, quę non fit ob causam, illa autem, quæ ob causam fit, cùm vtrinque habeatur obligatio, propriè erit contractus, & de hoc loquitur *dict. cap. cùm dilecti.* Item esto quod non sit contractus, tamen ex regulis positis in *dict. cap. cùm dilecti.* nulla est propinquior donationi, quàm illa regula quæ de contractibus loquitur, ergo secundum illam debet iudicari. vt in *l. eum qui. in. §. si rem. ff. commoda. & in l. 1. in §. si quis seruum ff. deposit. & l. si rem tibi. in fi. princ. ff. de præscript. verb. & in l. 2. C de rer. permutatio. & in l. si olei. C. locat.* notat. *Bar. in l. cum proponas. n. 7. C. de dol. & in l. quod Nerua. colu. fi. ff. de pos. si fac.* quod not. *idem Bar. in l. item si vnus in §. 1. ff. de arbitr. & in l. ex placito. colu. fi. C. de rerum permu.* facit tex. in *l. naturalis. in §. pen. de præscri. verb. Bart. in l. si vno in §. item cum quidam. nu. 7. ff. locat. & in l. 1. in §. diuus. 2. colu. num. 2. ff. de var. & extra ordin. cogni. Ias. in l. 1. num. 2. C. de de iure emphyt. & in l. apud Labeonẽ. ff. de præscript. verb. & §. Itẽ Seruiana num. 17. insti. de actio.* ex quibus apparet quod in dicto. cap. cùm dilecti sit interpretatio in contractibus stricti iuris, secundum suã propriam naturam, & ita non repugnat dictæ opinioni, quod in iure canonico reperiantur cõtractus stricti iuris.

CAP. IIII.

Vtrum finita emphyteusi poßit emphyteuta repetere à domino impensas, quibus res melior fuit effecta.

SVMMARIVM.

1 *Meliorationes semper pertinent ad dominum directi domini.*
2 *Deterioratio imputatur emphyteutæ.*
3 *Contractus emphyteutici finis est melioratio.*
4 *Vsusfructuarius quas expensas repetat.*
5 *Bona maioratus non possunt confiscari.*

De impensis iure emphyteutica factis ad quẽ pertineant

DVbium insuper est in eadem etiam materia, an finita emphyteusi sine culpa emphyteutę, meliorationes, quas vocant, in re emphyteutica factæ, pertineant ad dominum directi domini, in quo communiter doctores tenẽt emphyteutam posse meliorationes repetere à domino, quando non culpa sua emphyteusis finitur, sed ex conuentione, vt si ei fuit concessa ad certum tempus, vel ad certas generationes: finito enim tempore res reuertitur ad dominũ sine culpa emphyteutæ, secus autem si propter culpam ab emphyteusi expellatur, vel ob non solutionem pensionis, vel ob alienationem illicitè factam, vel ob rei deteriorationem: vt in *authent. de alienation. & emphy. in §. si vero quis. & in authen. de non alien. aut permut. §. scire autem secund. Iaß. qui alios refert. in l. 2. nu. 27. C. de iure emphyteuti. & in authen. Qui rem C. de sacros. Eccles. Decius in cõsi.* 518. Nos verò contrariã sententiam veriorem existimamus, quod meliorationes, seu impensę quibus res emphyteutica melior est effecta, semper pertineant ad dominũ, etiamsi sine emphyteutæ culpa res ad eum reuertatur. *Noua opinio.*

Et pro ista opinione facit, quia contractus emphyteuticus ea ratione maximè fit, vt res melior efficiatur, vt ex ipsius verbi etymologia, seu significatione colligitur, vt per *Instinianum in l. fi. C. de iure emphyte.* & ibi *notat. glos. 2.* Et ideò Ecclesia solet res ruinosas ad meliorandum in emphyteusim concedere, vt in *authen. si quas ruinas. C. de sacrosanct. Ecclesi.* Ergo si hac ratione solet contractus emphyteuticus celebrari, dominus non tenetur soluere expensas meliorationum, ob id enim dat in emphyteusim, vt ab hoc sumptu excusetur, quod non fieret, si impẽsam soluere teneretur. 1 *Finis contractus emphyteutici est melioratio.*

Et pro ista parte facit text. not. in *l. Colonus ff. locati.* vbi colonus, qui repetere potest expensas in re conducta factas, repetere non potest, si vt melioretur res conducatur, Bonus text. in *l. dominus horreorum. §. in conducto eo.* vbi inquit *Paul.* In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necessario, vel vtiliter auxerit, vel edificauerit, vel instituerit, cùm id non conuenisset, ad recipienda ea, quæ impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest] Secus ergo si cõuenisset, & ideò idem dicendum est in casu nostro, cùm idem operetur natura ipsius contractus, quod expressa conuentio. vt in *l. quia tantundem. ff. de nego. gest. & in l. quare. ff. locat. in princ.*

Secundo pro ista parte facit tex. in *l. pri. in fin. de iure emphyt.* vbi damnũ quod per rei deteriorationem contingit, imputatur emphyteutæ, nõ domino, ergo non potest expensas in reficiendo factas à domino repetere; quia si repetere posset, non eius esset damnum, sed domini. 2 *Inductio noua. l. 1. C. de iure emphiteu.*

Tertio pro ista parte facit tex. in *c. pri. §. si vassallus.* hic finitur lex vbi secundum opinionem vltimam, quæ in text. ponitur. finito feudo, meliorationes factæ pertinent ad dominum feudi quæ opinio vltima indubio tenenda est, vt not. in *l. Qui filium. §. Sabinus ad Trebellia. & in l. ea lege*

C. de

C.de condition.ob causam. Si verò non teneremus illam vltimam opinionem, ad illum text. interius respondebimus.

Defensio dictæ opinionis nouæ

Non obstant aliqua, quæ in contrarium possunt allegari: pri. text. in *l.domos hæreditarias. ff. de lega.pri.* vbi si quis faciat impensas in re subiecta restitutioni, post tempus poterit eas impensas repetere ab eo, cui rem restituit. Ita etiam videtur in materia nostra, cùm res emphyteutica post certum tempus, vel certam generationem
3 sit subiecta restitutioni, quia possumus respondere, ibi non rem ad meliorandum esse datam, neque meliorationes venire, sicut ex natura cõtractus emphyteutici veniunt.

Non obstat etiam text. in *dict. §. Vassallus.* in quo secundum vnum intellectum meliorationes pertinent ad vassallum, & non ad dominum, quia res, quæ datur in feudum, nõ ad meliorandũ datur, sed propter seruitia personalia, quæ sunt causa feudi: at causa cõtractus emphyt. regul. est melioratio, vt ex vers. ipso apparet.

Non obstat etiam, quod dominus videatur locupletari cum iactura aliena contra ll. vulgares, quia vbi interuenit cõsensus tacitus, vel expressus, vel conuentio, non obstat prædicta regula, cum volenti, & consentienti, &c. Et non obstat etiam tex. in *l. Hactenus & l. sed & si quid inædificauerit ff. de vsufructu.* vbi vsusfructuarius potest repetere expensas factas vtiliter, vel detra-
4 here, cui videtur similis emphyteuta, quia respondetur, quod imò illa materia magis facit pro nostra opinione, quia vsusfructuarius expensas modicas, ad quas de natura vsusfructus tenetur repetere non potest, eas autẽ, quę ex natura eius non veniunt, repetere potest, vt *dict. ll. & in l. tũ ad quem C. de vsufructu.* ibi. Proinde si quid vltra quàm impendi debeat, erogatũ potest docere solenniter reposces] Omnes autem impẽsę, quę fiũt in re emphyteutica ex natura ipsiusmet cõtractus veniunt, ergo nullæ impensę rei emphyteuticæ repeti possunt, non vt emphyteuta semper meliorare teneatur, sed si rem meliorem fecerit, cùm id ex intentione contractus eueniat, repetere nõ potest Ad quod facit tex in l *omnino in primis verbis. ff. de impens. in rebus dotalibus factis.* ex quibus apparet veram esse conclusionem quod emphyteusi finita, sine culpa emphyteutę meliorationes pertinẽt ad dominũ directi dominij.

Nec hoc est absonum, cùm emphyteusis pro exigua mercede constitui soleat, vt per *Bart. & alios in l. prima. num. 4. C. de iure emphyteu.* ideò in compensatione fructuum meliorationes cedũt domino ex natura cõtractus finita emphyteusi, etiam sine culpa emphyteutæ, nam si ex culpa amittatur emphyteusis, res est clara, quod dominus lucratur meliorationes.

Intellige tamen hoc quando culpa est talis, quæ est commissa contra dominum, si enim culpa sit ob quam bona confiscentur, non efficit melius ius domini, sed ad fiscum transit, quicquid ad extraneum hæredem pertinere potest, vt in *l. Marcellus in § fi. ff. ad Trebel. & in l. beneficio legis. ff. ad l. Falcid.* licet aliter respondeat *R. P. Iacob. Septimanc.* olim in regia Cancellaria Vallisoletana collega noster, nunc meritissimus D. Episcopus Pacen. *in suis Catho. insti. titul. de bon. hæreti. cap. 9. num. 159.* si verò non transeant ad extraneũ emphyteusis impensæ, siue meliorationes, erunt domini, vt suprà diximus, tenendo nostram opinionem vel si communem opinionem teneret res, hic nõ possent dici amissa ex culpa, vt domino directo applicentur, quando culpa non respicit contractum, de ea enim doctores loquuntur, quæ ex nõ solutione canonis, vel alia simili conuentione prouenit. Ideò iste casus erit decidendus, tanquam si sine culpa emphyteusis esset ad Ecclesiam, seu dominum reuersura, vt si meliorationes sint tales, quæ ad extraneum hæredem finita emphyteusi essent trãsituræ eas, fiscus habeat; si verò non sint transituræ, neque fiscus habere possit.

Bona maioratus non confiscantur

Ex hoc sequi apparet, quod bona maioratus, 5
quæ ad extraneum transire non possunt, quia sunt prohibita alienari, & restitutioni subiecta, nunquam possint confiscari, vt in *l. imperator. ff. de fideicommissa. libertati.* facit tex. in *l. Rogo ne ff. eod. tit. & in dict. l. Marcellus in § fi. in ff. ad Senat. consul. Trebel.* licet *D. Episcopus ibidem num. 141.* ab hac receptissima, & indubitata sententia velit recedere potius zelo iustitiæ, quàm aliqua iuris ratione, quod enim, vt ipse inquit delicta patris filijs nocere soleant, in bonis filio non à patre, sed ab alijs delatis, nunquam verum esse potest vt in *l. eum qui. ff. de interdict. & relegat.* vbi ita inquit *Alphenus.* Eum qui ciuitatem amisit, nihil aliud iuris adimere liberis, nisi quod ab ipso peruenturum esset ad eos, si intestatus in ciuitate moreretur, hoc est ad hæreditatem eius, & libertos, & si quid aliud in hoc genere reperiri potest, quæ vero non à patre, sed à genere, à ciuitate, à rerum natura tribueretur, ea manere eis incolumia. Itaque & fratres fratribus fore legitimos hæredes, & agnatorum tutelas, & hæreditates habituros: non enim hæc patrem, sed maiores eius eis dedisse] optima lex. quam ibi allegat glo. *in l. Titius. ff de seru. exportan.* Vbi inquit *Paul.* Potior habendus est is, qui auctor fuit legis, nec posterior poterit aliquo modo auferre legem sui venditoris, cuius conditio iam extitit] Et quod existimat *dictus D. Episcopus* nunquã tantam licentiam concessam esse, vt facientes maioratus legem principibus suis imponere queant, qua regale ius confiscationis eludant & horrenda crimina magna ex parte impunita committant, parum promouet, cũm nunquam fisco tale ius concessum fuit, vel concedi potuit, vt ob vnius delictum, bona alteri quæsita, vel debita, auferantur, quia inquit *Modestinus*; in summa sciendum est omnium fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi] *in l. In summa. ff. de iure fisc.* esse autem creditorem fideicommissarium, vel habens ius primigenituræ dubium non est, vt in *l. 1. C. de bon. autho. iudi. possiden.* tex. in *l. 2. C. qui manumitt. non poss.* ibi. Inter

Contra Episcop Pacensem.

De dominorum potestate circa res suas.

creditores autem etiam eos numerandos esse quibus fidei commissum debetur olim placuit. tex.notab.in *l. si seruo fideicommissaria.ff. de heredi. institu.*fac.text.vbi not.*Bart in l.vnum ex familia. in princi.ff.de lega.* 2.nec quod dominium eorum bonorum,eo tempore quo delinquit,delinquẽtis fuerit,efficit, vt res restitutioni subiectæ confiscentur,cum fideicommissarij causa prior sit, quàm delictum, vt in dote, cuius dominus est delinquens maritus,apparet.Quinimò,& si deliquisset idem,qui primogenituram semel perfectè constituit, nullum fit ex eius culpa successori præiudicium,cum ea,quæ quis alienauit ante delictum, nunquam in confiscatione cõprehendantur, vt est expressum in *l. quinque legibus cum l.sequent.*vbi etiam *glos.* & *in l. sed si alia. cum glos.2.ff.de bon.damnato.*fac. text. notab. *in l. iura libertorum.ff.de iure patron* vbi inquit *Martianus*,Iura libertorum patronorum liberis, cum pater eorum erat perduellionis damnatus,salua esse diui Seuerus, & Antoninus benignissimè rescripserunt,sicut ex alia causa punitorum liberis iura libertorum salua sunt]& fac.in fortioribus terminis tex. in *l. sed si mors ff. de dona inter vir.& vxor.*vbi tantum abest, vt ex damnatione confiscentur res fideicommisso subiectæ,vt dãnatio ipsa locum faciat fideicommisso, vel statim,si mors ex condemnatione sequatur, & ita impleatur fideicommissi conditio, vel etiam si mors non sequatur,si res sit expresse prohibita alienari,cùm non possit transire in hæredem extraneum,si vero neutrum sit,quod nec mors sequatur, nec res sit prohibita expresse alienari, mors erit spectandã,& interim dum dies fideicommissi non venit,fiscus fruetur illis bonis, vt in *l.Statius Florus in §. Cornelio Felici.ff. de iure fisci.* facit text.in *l.peto.in §.prædium.ff.de legat.* 2.& tex. in *cap.1.in §.fina de capitul.corra.*

Neque obstat quod bona subiecta restitutioni semper sint prohibita alienari, *vt.l.fi. §. sed quia nostra Maiestas.C.commun.de lega.*quia verum est non simpliciter,sed ad effectum restitutionis,vt non possit impediri.quando eius dies venerit,sed vbi est conditionalis vel in diem restitutio,prohibitio non impedit temporalem alienationem,donec dies. fideicommissi veniat, & fiscus,vel alius quilibet extraneus rem interim habere poterit, vt voluit optimè gloss. in *l. cum pater.in §.libertis in verb.ne id alienarent, in fi. de lega. 2.& Rip.l.filius familias in §.diui. num.* 47. *de leg.1.* plura optimè congerit *Boer.* ad hanc rem pertinentia *in Deci.278.Gozadi. consil* 84. die tamen adveniente fiscus tenebitur ad restitutionem, quia res transiuit ad eum cum suo onere, vt in *l.quadam testam.in §.quoties.ff.de lega.1 & in l.in facto.in §.fiscus.ff.de conditio.& demonstration.*fac.tex. in *l.nõ possũt.ff.de iure fisc.& in l.dicitur.eod.titu. & in l.pen.in § si fidei ff.si quis aliq.testa.prohibuer.& l.si tutor.in fin ff.de tutel.& ratio.dist.*fac.text.in *l. Caius. ff de manumissionibus*,& est expressum in *l. Marcellus in §.fi.ff.ad sen.cons.Trebellia.*& hæc est vera distinctio,ex qua resoluuntur omnia quæ cumulat *Anton.Gabr.lib.7.commu.conclusio.titu. de criminalibus conclusio.*24.

Text.in l. via constitutu in.l. si fundus.ff de seruitu rustic. ibi quia cum sua qu siquecondi ione fundus publicat

Nec quod *iurisconsultus Modestinus auctor dicta l.imperator.& alij iurisconsulti* nostros maioratus non cognouerint,debuit D.Episcopum mouere,hoc enim non efficit,quin ex iure fideicommissorum (cum fideicommissa sint) censeri debeant, vt est notissimum, vt in *l.1. in §. lex Falcidia ff.ad l.Falcidi.*alioquin nullo iure,& extra iuris pręcepta maioratus versarentur, quod, cum legibus,& moribus approbentur non est dicendum,quinimo non solum in fideicommissis, in quibus est specialior ratio, propter prohibitionem alienationis; verùm in successione a uipaterni,voluit *idem D Episcopus* hæresim paternam non nocere filijs in *dict.li.c.9.num.7.* quod omnino destruit suam priorem sententiam.

CAP. V.

Vtrum emphyteuta priuati possit moram pugnare,& de intellectu. l. magnam. C.de contrahen. stipul.

SVMMARIVM.

1 *Tempus computatur de momento ad momentum.*
2 *Etiam emphyteuta priuati potest purgare moram.*
3 *Nouus sensus.l magnam.*
4 *Intellectus.l.3.ff.de minor.*
5 *Inter culpam in faciendo, & culpam in omittendo multum interest.*

DVbitant etiam doctores circa text. in *dicto cap.potuit.tex.de locat & conduct.*in quo permittitur purgatio moræ in emphyteusi Ecclesiastica,an idem dicendum sit in emphyteuta priuati,in quo communis est opinio doctorum secundum *Ias.in l.2. num. 73. cum sequent.de iure emphi.& August.Vero.num. 138.in dict.cap.potuit.& Episc.Segobien in lib.3.variar.resolu.cap.17.nu.4 post medium*,quod ille tex.non procedat in emphyteuta priuati, nec in eo admittatur purgatio moræ, & pro ista opinione non deficiunt rationes.

De moræ purgatione

Primo inducitur regula vulgaris, quod vbicunque est dies & pœna interposita, non admittitur purgatio moræ,vt in *l.Magnam. C.de cõtrahend.& committen.stip.& l. Traiectitia §. de illo. ff. de actio.& oblig.*sed emphyteutę est imposita dies & pœna:ergo transacto die non poterit purgari mora.

Secundo pro eadem opinione fac. quod
vbicunque à lege imponitur certum tempus, 1
hoc connumeratur de momento ad momentũ. vt in *l.3.§.de minore.ff. de minoribus* ergo non admittitur purgatio moræ:quod etiam apparet in tempore constituto ad appellandum, & in alijs terminis iuris.

Tertio,ista opinio probari videtur, quia pœnitentia, vel satisfactio, non liberat à pœna com-

Pœnitentia non liberat à pœna

commissa.l.qui ea mente.ff.de furt.l.pen.ff.vi bon.rapt. ehis quę adducit Tiraqu.in tract.de pœn.leg.tem. cau.li.& vi.cauf.25.& 28. Ergo etiãsi emphyteuta offerat canonẽ, à cõmissa pœna nõ liberatur.

Quarto pro ista parte facit text.in l.4.in verſi. niſi forte.ff.de penu.lega. vbi purgatio moræ non admittitur ſi ex mente diſponentis appareat tempus certum eſſe conſtitutum, quia permiſſum ad tempus poſt tempus videtur prohibitum vt in l.ſtatin liberum in §.Stichum.ff.de leg.1.

Quinto, pro iſta parte allegatur tex.in l. 2. C. de iure emphy.in verbo, omnino, vbi emphyteuta, qui non ſoluit canonem intra tempus conſtitutum, omnino eſt expellẽdus, quod verbum, omnino, videtur excludere purgationem moræ.

Del.Si is euff de lega 2.& infin. Sexto facit regula, vbicunque lex facit executionem, ipſo iure non admittitur purgatio moræ, vt in l.ſi is cui.ff. de legat. 2. cum multis quæ congerit Tiraquell. in.l.ſi vnquam verb. reuertatur. nume. 310. C. de reuocand. donatio. per. tres col. ſed vbicunque emphyteuta non ſoluit canonẽ intra tempus à lege conſtitutum, lex exequitur pœnam priuationis ipſo iure, ergo non admittitur purgatio moræ.

2 Sed contrariam opinionem veriorẽ putamus ſcilicet quod emphyteuta priuati, moram excesſatione commiſſam poſſit purgare celeri ſatisfactione, pro qua opinione eſt text. expreſſus in dict. cap.potuit.locato, in quo emphyteuta Eccleſiæ poteſt purgare moram commiſſam: ergo idem eſt in emphyteuta priuati, quod probat lex partit 28.tit.8.partita.5.circa finem, nõ enim mitius agitur cũ emphyteuta Eccleſiæ ceſſante ſoluere canonem, imò durius, vt patet, quia ei ſolum conceditur bienniũ, cum priuato triennij ſpatium concedatur vt in l.fin.C.de iure emphy. Item quia purgatio morę inducitur ex æquitate, vt in l.ſi ſeruum §.ſequitur.ff. de verbo.obliga, æquitas enim ſcripta ſemper præferenda eſt rigori, etiam ſi ſit ſcriptus, vt in l. Placuit. C. de iudicijs. Cum igitur hæc æquitas ſit expreſſa, in cap.potuit.ſeruanda eſt, nam de æquitate canonica permiſſa eſt purgatio moræ, etiamſi mora ſit incurſa cõtra iuramentum, vt doctores ipſi admittunt indiſtinctè, quos refert Anton.Gabriel.lib.3. commu. concluſi.titul.de tranſactione concluſio 1.nu.12. quod an verum ſit, nunc non diſputo, hoc vnum verum eſt, non eſſe ſpeciale contra Eccleſiam, vt in d.c. potuit morę purgatio admittatur, cùm non poſſit dari ratio ſpecialis, nam Eccleſia ita exigit pœnas: ſicuti priuatus, vt in cap.dilecti filij. de arbit. & licet ibi doctores aliqui in pœnis cõuentionalibus negauerint, Eccleſiam exigere pœnas poſſe, vltra id quod ſua intereſt, vt ibi refert Imol.& Rebuff.repetitio l.vni. C.de ſententiis, quæ pro eo quod intereſt.num.568.& ibi alij recentiores, & lat.ponit Anto.Gabriel.lib. 7. commu. concluſ. in titu.de criminalib.concluſ.34.nu.1. verum in legalibus ſemper agere Eccleſia poteſt, vt doctores fatentur, nonſolum quatenus illius intereſt, vt ibi aliqui volebant verum etiam extra id quod intereſt, vt expreſſe probatur in auth. qui rem. C.

Emphyteuta potest moram purgare.

De pœna legati, & latius in c. sequent.

de ſacroſanct. Eccleſ. & in §.ex maleficijs in ſi.inſtitu. de actio. & in dict.c.potuit & in cap. ſequent. latiùs dicemus, quinimo etiamſi eſſiceretur conuentionalis pœna illa cap.potuit, augendo vel minuendo tempus, idem eſſet. Quia apponitur ſuper recuperatione rei propriæ, quæ non aliter eſſet conceſſa: nam tunc pars pretij eſſe videtur, vt l. fundi partem.ff.de contrahend.emptio & quo ad rem propriam meam, non id quod intereſt, ſed quid conueniat eſt attendendum. vt l.fin ff. de vſu & hab. & in l.hactenus §. ſi.cum. ſequent. ff. de vſufruct. ſed de hoc in cap. ſequenti. infr. latiùs dicetur. Item quia partium mutat legalem, ſi enim nihil à legali differret, nõ eſſet difficultas ex his quæ Iaſ. ſcribit.in l.ſi ita ſtipulatus nu.2.ff.de verbo obliga. & vi.docto.in l.iuscimile.ff.de iuſti.& iure.

Non obſtant allegata in contrarium, & primo non obſtat regul.text.in dict.l.Magnam.maximè quia vbicunque dies & pœna imponitur à lege, ipſimet doctores admittunt moræ purgationem, & hoc eſt quod dici ſolet, in purgatione moræ mitius agicum lege, quàm cum homine, vt in l. Celſus in princip. cum ibi not. ff. de arbitr. & notat. in leg. & ſi poſt tres. ff. ſi quis caution. & c. & in l.ſi Inſulam.ff.de verborum obligatio. *De intelle. l. magnam C. de contrahen. stip.*

Secundo poſſumus reſpondere ad dict. l. Magnam. quod ibi non dicitur non poſſe moram purgari, licet vulgo ad id allegetur, ſed ſolum dicit, quod vbicunque eſt dies, & pœna, dies interpellat pro homine, neque alia requiritur interpellatio, ex his autem verbis non impeditur purgatio moræ. Nam in dicto c.potuit. dicitur etiam quod dies interpellat pro homine, & tamen idem ipſe textus admittit moræ purgationem nec eſt aliqua lex, quæ iſtam purgationem excludat, imò omnes per dictum text. debent interpretari, quod mora incontinenti poſſit purgari, & ita debet intelligi tex.in dict. l.Traiectitia.& dicta.l. Celſus in princip. ff. de arbit, vbi.glo.in prima declaratio.& facit tex.in l. Cõtinnus actus §.Item qui Inſulam.in ſi.& in l.ſi ita quis §.Scia cauit & in d.l.ſi ſeruum §.ſequitur ff.de verbor. obligat. poſt moram verò longam, etiam iure canunico non admittitur pugatio. vt dict.cap. potuit licet Bald.in l.qui de crimine, 1.r.q. C. qui accuſ. non poſſunt. voluerit iure canonico ſemper poſſe purgari, quod verum non eſt per dict. tex. de quo per Alexand. in dict. l. Inſulam. num. 18. de verb. oblig. Deci. conſil. 452. numero. 15. denique, vel eſt conſtituenda differentia inter diem, & pœnam à lege impoſitam, & interea in quæ partium voluntate adijcitur, vt ſupra diximus, & vt interpretandæ ſunt dictæ leges per text. in dict. capitulo potuit: licet ſit durius cula interpretatio ad dictam legem Celſus in princip. 3 *2. Intellect. l. magnam.*

Non obſtat etiam quod tempus connumeretur de momento ad momentum, vt in l.3.ff.de minori. Nam id verum eſt, vbicunque à lege intra certum tempus conceditur certa facultas, vel priuilegium: nam tranſacto eo tempore, etiam per momentum excluditur ab ea facultate 4 *Tempus quando connumeretur de moment. ad momentum.*

vel

vel priuilegio, quia videtur renunciare & cōsentire sinendo labi tempus vt in *l. Ab eo. C. quomodo & quand. iud.* sicut transacto tempore condictionis implendæ mora purgari non potest, vt in l. *Thais ancilla in §. intra ff. de fideicommissa. libertat.* secus autem si aliquid iubeatur fieri intra tempus, nam etiam translacto tempore non liberatur ad obligatione, sed adhuc facere tenetur, vt *cap. cum dilecti. de dolo & contumacia.* & ideò tunc purgatio moræ admittitur, vt à pœna liberetur: quod non est *in dict. l. 3. de minorib.* cum illa materia non sit pœnalis.

5 Non obstat etiam textus in l. Qui ea mente. Nam ille textus procedit in pœna, quæ cōmittitur ex delicto in committendo, in quo non admittitur pœnitentia, neque moræ purgatio, quia ibi non est mora, quæ ex non facto solet induci. Et ideo eius moræ, quæ non est, purgatio non potest considerari: Sed in nostra materia delictum est in omittendo, in quo admittitur purgatio moræ, sic etiam videmus, quod minor restituitur aduersus delictum quod non faciendo committit, vt *in l. 1. & 2. C. si aduersus delictum.* leuius enim est semper delictum in omittendo vt not. *in l. 2. ff. de senat. Sillan.* bonus text. in *l. si vsusfructus § denique ff. de vsufruct.* de quo latissimè per *Tiraquell. in tract. de temperandis pœnis. causa. 44.* vide bonum tex. in *leg. qui sine ff. de nego. gest.*

De interpretatione l. qui ea mente. ff. de furt.

Non obstat etiam quartò textus, in *dict. l. pri. ff. de pen. legata.* quia neque ibi excluditur purgatio moræ in continenti, licet ille text. loquatur in vltimis voluntatibus, in quibus est in hac materia aliquid speciale, vt *l. ita stipulatus in vers. idque. ff. de verbor. obligat. vbi Bartolus numero. 14. & Ias. 17.*

Neque etiam obstat text. in *dict. l. 2. in verbo omnino.* nam neque id verbum excludit moræ purgationem, quia etiam emphyteuta Ecclesię, qui non soluit canonem, omnino est expellendus, tamen moram potest purgare, vt in *dicto cap potuit.*

Non obstat etiam quod ibi lex facit executionem, non admittitur purgatio moræ, quia in nostra materia lex non facit ipso iure executionem, imo expectatur partis voluntas non enim priuatur emphyteuta, donec dominus id se velle declarauerit. vt in *dict. l. 2. in fina. C. de iure emphyt.* vbi *Bart. & doct.* & declar. *Deci. consil. 138.* vbi latissimè *& Tiraquel. in l. si vnquam in verbo, reuertatur, numero 10.* vbi omnia cōgerit. fac. quæ idē ponit *nu. 392.* & hæc est melior solutio, quam illa quæ colligitur ex Bal. quem *ipse* refert. *nu. 311.* Item etiam dicta lex, is cui procedit, quando à lege fit executio propter factum, hic verò propter nō factum, vel omissionem, quæ vt supra dictum est, differunt maximè in actibus inter viuos, & vid. *l. cum quidam 1. ff. de leg. 2. cum l. seq.* ex quibus manet defensa hæc opinio, quod emphyteuta etiam priuati, moram ex cessatione commissam celeri satisfactione purgare possit.

De intelle. l. si is cui de leg. 1. & supr. nu. 1. in fine.

CAP. VI.

Vtrum Ecclesia possit expellere emphyteutam ob non solutionem canonis, si ab eo prius petierit pensiones non solutas.

Svmmarivm.

1 *Ecclesia recipiens pensionem videtur remittere pœnam.*
2 *Remedia compatibilia non tolluntur electione.*
3 *Protestatio quando operetur.*
4 *Ecclesia potest exigere pœnas legales.*
5 *Quid de contumacialibus.*
6 *Pœnæ ante condemnationem non debentur in foro conscientiæ, latissime vsque ad finem.*
7 *De interpretatione textus in cap. fraternitas. 12. quæst. 2.*
8 *Pœnæ legales non possunt exigi cum bona conscientia à malæ fidei possessore.*
9 *Alij duo casus in quibus nec à bonæ fidei possessore, etiam in foro exteriori.*
10 *De pœnis conuentionalibus quando exigi possunt etiam de iure canonico.*
11 *Quando exigi possunt etiam si nihil intersit.*

QVæritur etiam circa istam materiam, vtrum Ecclesia propter canonem non solutū expellere possit emphyteutam, licet post moram commissam receperit præteritas pensiones: in quo communis est opinio secundum *Ias. in l. 2. num. 144. de emphyte. post gloss. & docto. in cap. potuit. in verb. expelli.* vt accipiendo canonem, seu pensionem, videatur remisisse pœnam commissam. Pro qua opinione facit, quia vbicunque alicui cōpetunt duo remedia incōpatibilia, electione vnius, excluditur ab altero, vt probatur. in l. 1. C. de furtis, & seruo corrupto. Sed expellere emphyteutam, & ab eo exigere pensionem, contraria videntur, cùm recipiendo pensionem emphyteutam videatur agnoscere.

Secundo pro ista parte allegatur tex. in *l. post diem. ff. de lege commiss.* vbi recipiens pretium post diem legis commissoriæ videtur lege commissoriam, remisisse, ergo eodem modo recipiens pecuniā postquàm res cecidit in commissum, videtur pœnam commissam remisisse.

Tertio pro ista parte allegatur textus in *l. fi. ff de eo quod certo loco.* vbi accipiens sortem principalem, videtur remittere id quod interest, ergo à fortiori recipiendo pensionem videbitur remisisse pœnam.

Quarto pro ista parte allegatur tex. in *l. 2. ff. si quis cautiom.* vbi per transactionem super re principali videtur pœna remissa, ergo eodem modo per receptionem sortis principalis videbitur pœna remissa.

Sed contraria sententia validissimas rationes habere videtur, vt Ecclesia possit post canonem nō solutum expellere emphyteutam, licet post moram cœperit pensiones.

Pro qua opinione considerandum est, quod est ius singulare in Ecclesia, vt non solum possit expellere

Ius singulare Ecclesiæ in emphyteusi.

expellere cessantem in solutione, verum etiam possit ab expulso exigere pensiones: textus est in *authen. Qui rem. C. de sacrosanct. Ecclesiis.* ex quo necessario sequitur, hæc in Ecclesia compatibilia, vt possit expellere emphyteutam, & pensionem simul exigere. Si ergo compatibilia sunt, nihil interest ab expulsione incipiat, vel à canonis exactione: remedia
2 enim compatibilia electione non tolluntur, vt patet ex regula permittente cumulationem, quæ ponitur *in regula, nullus pluribus de reg. iuris. lib. 6. & l. edita actio. C. de eden. & in l. naturaliter §. nihil commune. ff. de acquiren. possess.* facit tex. *in l. si domus ff. de seruitu. vrban. prædiorum.* facit tex. cum ibi nota. in *l. pro hærede ff. de acquirend. hæredit.* & quod optimè notat *Abb. in cap. scriptura in. numero 6. in fin extra de vot.*

Protestatio quando prosit.

Ex hoc sequitur quod distinctio gloss. & doctor. *in dicto cap. potuit.* an fiat protestatio quan-
3 do accipitur pensio, vel non fiat, in nullo casu potest esse vera, quia si remedia sunt compatibilia, non est necessaria protestatio, cum etiam nulla facta protestatione alterum remedium sit saluum: non enim qui duo exigere potest diuisim, vel coniunctim, alterum accipiendo, alteri renunciasse videtur, neque si duo legata alieni in testamento relinquuntur, petendo vnum, alteri renunciasse videtur, vt in *l. sed duobus. cum ibi notat ff. de leg. 2.* si vero essent incompatibilia, protestatio nihil operaretur, cum protestatio in ijs, quæ à nostra potestate, non dependent, nullius sint momenti, vt in *l. alimenta. cum ibi notat. C de negotijs gestis & in cap. solicitudinem. de appella.* & nota. in *l. Nesennius ff. de nego. gest. & in l. 1. §. item si prædixerit ff. naut. caupo. & stabul.*

Non obstat allegata in contrarium. Primò
4 non obstat quod hæc remedia videantur incompatibilia, quia non est verum, vt supra probatum est in Ecclesia, cum vtrunque petere possit, vt in dicta *authent. in rem. & in corpore vnde sumitur.* ex quo etiam respondetur ad secundum, dictum *lib. post diem.* quia textus ille loquitur in remedijs incompatibilibus, & contrarijs.

Quando id quod interest possit separatim peti.

Non obstat etiam text. in *l. fina. ff. de eo quod certo loco.* vbi recipiens furtem principalem, non potest petere id quod interest, quia ille textus procedit quando id, quod interest, debetur officio iudicis, non iure actionis, quia cum officium iudicis mercenarium non possit per se subsistere, sublata actione principali cui deseruit, & ipsum sublatum videtur: vt in *l. 4. C. deposi.* sed in nostra materia vtrunque venit iure actionis, & expellere, & pensionem exigere, quo fit vt vtrunque separatim vel coniunctim peti possit, quia pœna non videtur remissa per rei recuperationem, vt in *l si pro fure. in §. furti actio. ff. de condictio. furti.* facit text. in *l. nunquam plura in §. quæsitum ff. de priuat. delict.*

Non obstat etiã text. in *l. 2. ff si quis cautio.* quia ille text. loquitur vbi pœna respicit accessoria causæ principalis, ideò sublata causa principali videtur etiam pœna sublata, at in nostra materia vtrunque est æquè principale, ideò per alterum non fit alteri præiudicium, quia vbi actus insimul esse possunt, vnus alteri non derogat, vt declarat *Bart. in repeti. l. de quibus. nu. 16. in fi. de legib.* & ita benè inquit *Dec. consil. 452. nu. 24.* quod voluntas, quæ ex facto colligitur, non operatur nisi quatenus necessario inferatur, facit text. in *l. Gerit. & ibi. pro hærede. ff. de acqui. hæred.* quod maximè verum est, ne iuris delati renunciatio inducatur. Ex quibus videtur, quod Ecclesia potest expellere emphyteutam, etiamsi ab eo prius petierit pensiones non solutas.

Vnus actus quando alteri deroget.

Defenditur communis opinio.

Verùm licet hæc videantur satis vrgere, non tamen est recedendum à communi opinione quæ est vera ex duabus rationibus; altera quia
5
recipiendo solutiones iã factas videtur Ecclesia purgationem moræ admittere, & ita purgata mora, fieri non potest vt ad pœnam agi possit: altera etiam, quia quando culpa est in omittendo, vt in specie proposita, pœna facilè remittitur per recuperationem eius, quod interest, seu rei principalis, etiamsi vtrumque exigi posset, si inceptum esset à pœna: nam hæc actio sine voluntate nostra non nascitur, vt in *l. 2.* ibidem. Sed omni modo eo, si dominus voluerit, repellendo] *C de iure emphyteu.* & ita facilè tollitur, sicut de actione iniuriarum dicimus, quæ non reuocando iniuriam ad animum aboletur, vt in §. *hæc actio dissimulatione aboletur. instit. de iniur.* maximè quia vt diximus, hæc culpa fit in omittendo, quæ semper leuior est, quam in committendo, vt altàs infrà ostendemus, vbi de restitutione minoris aduersus culpam in omittendo agemus.

Et ita patet ratione ad gl. l si quis in tantam glos. mag. in c. fi. versi. quod si egi. Alb. consil. 100. fi. col. n. 4. volumi 1

Ecclesia pœnas legales potest, exigere.

Ex supradictis & ex tex. in *isto cap. Potuit.* manifestissimè apparet, quod ecclesia potest exigere pœnas à lege impositas: quod etiam probatur in *cap. in legibus. versicu. perinde. 12. quæst. 2. & cap. statuimus* vbi glos. allegat alios text. *16. quæst. 1. & in regulis Dam. 129* & probatur in § *ex maleficijs in fin. instit. de actio & in authen. qui rem. C. de sacrosanct. Eccles & in cap. potuit. ext. de locato.* & in legali pœna hoc tenet *Hostiens. in cap. dilecti. in §. quia tamen. versicu. pœnam canonicam. extra de arbitr.* allegat Hostiens. canones plures ad hoc loquendo, tamen postea de contumaciali pœna vult, quod pars à parte eam non exigat, si eius nõ interest, & constituit differentiam inter ius canonicum, & ciuile, allegando textum, qui de contumaciali loquitur in *cap. 1. de dolo & contumacia. & in l. 1. in § si cum duobus. ff. de colla. bonorum & in l. locum in §. pen. & ante penult. ff. de tabul. exhibend.* & ita Hostiensem, prout clarè loquitur, intelligit *Siluest. in Summa verb. pœna. num. 25. versi. quartum.* qui etiam tenet supradicta, licet indistinctè ad omnes pœnas legales, vt eas Ecclesia exigere non possit alleget Hostiensem *Anton. Gabr. lib. 7. de criminalibus conclusi. 34. in princ.* Cùm tamen *Hostiensis* clarè dicat posse exigere pœnas

Contra Anton. Gabr.

legales

legales,cõtumaciales vero nullũ exigere in iure canonico, si non intersit, & hoc non est nouum. Nam & ius ciuile aliquando hoc considerat in stipulationibus prætorijs, vel iudicialibus, vt in *l. & si post tres ff. si quis cautio. & l. ex quacunque §. fina ff. si quis in ius voca non ier.* & diximus supra l. 1.

Et quod legales pœnas exigere possit Ecclesia, tenet *Abb. nu. 12. in dicto c. dilecti. idem Io. Andr.* qui refert, vt solet, literam Hostiens. & sequendo *Innocent. in cap. suam de pœnis*, vult Ecclesiam etiam conuentionales pœnas exigere posse. *Ioann. de Imol. numer.* 10. tenet quoque Ecclesiam posse legales pœnas exigere. Quod etiam *Antonius de Butri.* probat, & *Henricus, & Ancharra. ibi Abb. in dicto cap. suam num.* 6. vbi dicit communẽ quod tenuit etiam *Gofre. in Sum. in titu. de pœnis. num. 9. & ibi Hostiens. sub versicu. inferioribus & idem Hostiens. Sum. de arbitr. num.* 8. idem tenuit *Archidiaco.* dicens non debere esse in hoc peioris cõditionis Ecclesiam, quàm alios, & ideò in figura iudicij posse exigere pœnas, in *cap. fraternitas. 12. q. 2.* vbi etiam idem tenet, *Egid. & Cardin. Turrecremat.* qui hoc disputat & probat *versi. ad secundum num. 2.* & ita in nostra Rota fuit resolutum in quadam causa disputata coram R.P.D. Iulio Oradino dignissimo Rotæ nostræ Decano.

Hoc autem verum est quando Ecclesia pœ-
6 nas exigeret in figura iudicij, nam quando in figura pœnitentiæ, secus, quia pœnæ non debentur in foro conscientię, vt dicit *glos. in dict. cap. fraternitas*, quæ communiter approbatur in *cap. 1. de const.* vbi *Felin. num. 41. & Deci. num.* 20. nam fur in conscientia non tenetur restituere quadruplum, nec seipsum condemnare, vel à se exigere vt dicit *Ancharra. in reg. possessor. num. 22. versi. quarto quæro, de reg. iur.* Nam quod dicit in euangelio Zachęus, Si quem defraudaui reddo quadruplum supererogationis est, non præcepti, vt dicit *S. Thom. 2. 2. q. 62. artic. 3. ad secundum: & Card in dicto cap. fraternitas versi. ad primum*, vt mirandum sit *Fortunium Garsi.* hominem alioqui acutum, in hoc se inuoluere *in tractat. de vltimo fine iuris cano. & ciuili. 18. illatio. num.* 288. dum valde miratur de Abb. tenente pœnas in foro contentioso exigi à laicis & clericis licitè posse, & tamen quod ipse velit nõ idem esse in foro conscientiæ, quod inter se pugnare videtur, cùm tamen clara sint & verba & mens Abb. qui in foro conscientiæ exigi non posse vult, & bene, quia nisi iudicis factum interueniat non debentur, interueniente verò iudicis condemnatione, etiam in conscientia debebũtur: vt doctores volunt, *in dicto capit. pri. de constitutio.* vbi *Felin. numero 46. Tiraquel l. si vnquam. in verb. reuertatur. numero 291. de reuocan. donatio. cum sequent.* posset tamen ius positum si velit obligare ad pœnam in conscientia, vt in *c. 1. de censib. lib. 6. in §. procurationes.* vbi hoc est expressum. notat *Abb. in cap. procurationes in num. 6. extr. eodem titu.*

Pœnæ non debentur in foro conscientiæ ante condemnationem.

Error Fortunij.

Mirandum etiam est quod *Anton. Gabriel in lib. 7. de commun. conclusio. titu. de crimina lib. conclusi. 34. nume. 5. eodem* errore lapsus, existimet doctores velle cum bona scientia non posse aliquẽ pœnas exigere legales, & ita *nu. 8.* dicit hanc esse opinionem communem: & *Thom. Parpal. in repetio l. si quis maior. 9. quæst. de transactio.* Cùm tamen doctores non hoc dicant ex parte petentis, sed ex parte rei, qui donec condemnetur, non tenetur restituere pœnam, secundùm vltimam opinionem *gloss. in dicto cap fraternitas*, quam omnes doctores Theologi & Canonistę sequuntur in locis supra allegatis: de quo latissimè per *Dominic. de Sot. lib. 1. de Iusti. & iur. quæst. 6. art. 6. per tot. & lib. 4. q. 6. articul. 4.*

Error Antonij Gabriel.

Nam ridiculum esset imò nefariũ dicere leges canonicas imponere pœnas, quas peccatum esset exigere, & omnia, quæ scripta sunt in iure in delictorũ punitione animæ esse captiosa. Itẽ esset tollere potestatem legis, cuius tãta est potestas, vt ad peccatum etiam obligare possit, vt docet *S. Thom. 2. 2. quæst. 65. artic.* 4. & doctissimæ tradit *Alfonsus de Castro in illo suo eleganti tracta. de potesta. leg. pœnal. Feli.* refert plures doctores *in cap. 1. nu. 18. extr de sponsalib.* quinimo sequeretur absurdius, quòd peccarent hi, qui lege diuina pœnas impositas exigebant: Nam in lege veteri tripli, quadrupli, & quincupli, & aliæ similes imponebantur pœnæ. Exod. 20. cap. quod impium, nedum falsum est, quod etiam lædit potestatẽ legis canonicæ, & ciuilis, dicere pœnas à lege impositas non posse cũ bona cõscientia, & sine peccato exigi, nec multum distat ab ea opinione, quam reprobat *Alfons. de Cast. in dict. lib. de potesta leg. pœnal. libro. 1. cap. 4. & Domini. de Sot. lib. 1. de Iusti. & iur. in 6. quæst. articul. 4. Driedo de Var. dogmatib. pagi.* 579. Ideò sępissimè admonendi sumus, vt in antiquorum libris versemur, in quibus veritas iuris prudentiæ reperitur. Denique ego nullum doctorum reperio *in dict. c. dilecti*, qui non admittat, quod Ecclesia possit pœnas legales exigere, licet non desint aliqui ex recentioribus, qui ad contrariam opinionem allegent prædictos doctores, vt suprà ostendi.

Ad text. *in dict. cap fraternitas*, non est difficilis responsio quia intelligitur, quando Ecclesia iudicialiter non petit secundùm doctores, vel ex mente Hostien. de lenitate canonica, qua cum gente Anglorum sępissimè vsa est Ecclesia, vt in *cap. quadam lex. 35. q. 3. cui lenitati*, & pietati gens illa malè respondet, vel tertio dicere possumus, quod ille textus loquatur ex perfectione, non ex debito secundùm *Philip. Corne. in consi. 69. circa fi. volu.* 2. Nam sicut suprà diximus soluere pœnam sponte sua delinquentem supererogationis est, ita è contrario non exigere pœnam, etiam est supererogationis: denique potest dici iunctis supradictis solutionibus, quod id quod est supererogationis vult Ecclesia in pœnis cũ illa gente obseruare; vt hoc beneficio allecti in officio magis cõtinerentur.

7 *De interpretatione c. fraternitas. 12. q. 2*

Notandum tamen est quòd pœnæ legales 8

nunquam

nunquam possunt exigi in conscientia à malæ fidei possessore, vt diximus supra, in cap. 6.

9 Item etiam sunt duo alij casus in quibus pœnæ legales exigi non possunt, etiam in foro exteriori, neque à bonæ fidei possessore, alter est, in *l. peculium. 2. in §. fine autem. de pecul.* alter est *in l. cùm emptor, ff. ad leg. Falcid.*

10 De conuentionalibus autem pœnis maior est controuersia inter doctores, nam *Innocent. & Hostiens. suprà allegati* sunt inter se contrarij, & alij etiam posteriores. imò *Hostiens. ipse*, nam aliter dicit in *dict. c. dilecti*, aliter *in Sum. de arbi. nu. 8. & in Sum. de pœn. sub versi. inferiorib. & in tit. de senten. vers. quis sit effectus. num. 7. in fin.* ad quem se remittit *Specul. in tit. de fructi. & interess. versi. viso. nu. 4.* qui in multis locis hoc tetigit, sed nunquam voluit determinare. Nec est eadem ratio in conuentionalibus pœnis, quæ in legalibus, quia hæ ob delictum imponuntur, & lege generali, iustaque deliberatione, quod in pœnis conuentionalibus cessat, ideò sæpissimè videmus, vt pro leuibus causis grauissimę pœnæ conuentionales imponantur, ideò ne vltra quadruplum excedant est cautum, *l. vnic. C. de senten.* & ita si pœnæ conuentionales parum à legalibus distarent, tanquam de legalibus esset iudicandum, quod est notandum ad ea quæ diximus supra in c. præcedenti. De alijs autem pœnis, iure canonico inspecto, si apparet manifestè nihil interesse partis, nullo modo pœna esset exigenda, nec in ea iudex condemnare debet, vt in *cap. suam extr. de pœn.* nisi vbicumque, si pœna exigeretur, nullum damnum pateretur ille, contra quem agitur ad pœnam, toto negocio inspecto, argumento text. *in l. bona fides, ff. deposit.* exempli gratia, si domum tibi dedi ea conditione, vel pœna adiecta, vt quid faceres, vel die certa singulis annis aliquid solueres, alioqui res mea mihi restitueretur, dico si conuentionem non impleas, pœnam semper exigi posse, quamuis id factum eo die esse, vel non factum, nihil intersit mea, æquum enim est rem meam mihi reddi: nam in pari causa potior esse debet conuentio, & hoc probatur ex iuris regula, quæ quidem maximam æquitatem habet, qua cauetur, vt magis faueamus repetitioni, quam aduentitio lucro, vt dicit *Vlpianus in l. non debet actori. in §. In re obscura melius est fauere repetitioni, quàm aduentitio lucro. ff. de regu. iur.* nam rem meam, quæ ad te peruenit, & sine causa, cùm conuenta non obseruaueris, retines, mihi à te reddi, bonum & æquum est, vt inquit *Celsus in l. si me & Titium. ff. si cert. pet.*

De pœnis conuentionalibus.

Notabilis interpretatio circa pœnas conuentionales.

Æquitas in pœnis.

11 In alijs autem conuentionalibus pœnis, ne facile conuentiones eludantur, neue locus calumniosis hominibus detur, si hæc via contemnendi conuentiones aperiatur, frustra pœnæ imponerentur, si opus esset quatenus interesit probare, quod non ita facile fieri potest: ideò existimarem, quòd si ex natura rei verisimile sit damnum stipulatorem passum esse, licet non ita exactè probetur, pœnam conuentionalem etiam iure canonico exigi posse, si aliquam cum verisimili damno habeat proportionem, nec poterit hac facilitate probationis grauari reus, cum in potestate sua sit ostendere veris probationibus aduersarium suum damnum passum non esse, vel nihil sua interesse, alioquin potior esset causa dolosi: & frustra *Venuleius in l. si. ff. de prætor. stipula.* consuleret id, quod interest certa summa comprehendere, ne probatione difficili oneremur, inquit enim, In eiusmodi stipulationibus, quæ, quanti res est, promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere: quoniam plerumq; difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, & ad exiguam summam deducitur,] nec enim ius canonicum habemus expressum, quod à iure ciuili dissideat, nisi quando certi sumus nihil stipulatoris interesse, vt *dicto cap. suam.* ex æquitate quàdam, quam melius obseruari existimo, si modum quem supradixi adhibeamus, quam si omnino subtili probatione, & plena, neglecta conuentione stipulatorem oneremus.

De probatione eius quod interest vbi est adiecta pœna.

Illud autem certum est, quod si ille, qui implet conuentionem, contra quem ad pœnam agitur, alleget se damnum passurum, & impensis in eam rem factis, & actorem luctari cum damno suo, cuius nihil interest conuentionem fuisse impletam, ideoque cessare iure canonico pœnam, si actor replicet, se paratum esse eum indemnem præstare, solutis his, quæ promissor impendit, potior erit tunc actoris causa, vt probatur optimè in *l. si pecuniam. in fin. principij, ff. de condictio. caus. dat.* ibi: Ita tamen, vt indemnitas tibi præstetur eius, quod expendisti.] Nam tum hoc suggerit, & exigit ęquitas supradicta, vt magis faueamus repetitioni, quam aduentitio lucro, & cessat ea, de qua in *dict. cap. suam. de pœn.*

Notabilis declaratio.

CAP. VII.

Vtrùm re deuoluta ob finitam generationem, Ecclesia teneatur renouare consanguineis proximioribus emphyteusim.

SVMMARIVM.

1. *De intellect. l. congruit. infra latissimè.*
2. *Finitam emphyteusim non tenetur renouare dominus consanguineis emphyteuta, sed potest dare cui velit.*
3. *Iterum de intellect. dicta l. congruit.*
4. *Vassallo vendente dominus præfertur, & quare.*
5. *Si velit sibi dominus retinere, nulla potest cadere controuersia, contra Decium.*

QVærunt vlterius doctores, si emphyteusis detur in certam generationem, an finita generatione dominus teneatur renouare emphyteusim proximioribus, vel potius possit concedere cui velit? Et in hoc communiter probant, quod dominus debet præferre proxi-

Opin. communis quæ infra reprobatur. miores consanguineos emphyteutæ. *Bart. in l. 1. § permittitur, ff. de aqua quotidian. & æstiu. & Paris. in consi. 28. in princ.* vbi latissimè *vol. pri. post Ias. in l. 2. nu. 23. de iure emphy. & Deci. in consi. 318. per totum.* latè *Gozadi. consi. 86 nu. 24. & cons. 71. nu. 3.* vbi quid de emphyteusi Ecclesiastica, latissimè *Anto: Gabriel lib. 7. commu. conclus. tit. de iur. emphyteu. conclus. 1.* Pro qua opinione facit
1 tex. in *l. congruit. C. de locatione prædiorum ciuilium. lib. 11.* vbi ille, qui prius habuit rem locatam à fisco, præfertur alijs conductoribus, si offerat idem pretium, quod ab alijs offertur.

Secundò pro ista parte facit text. in *l. pri. in fin. cum ibi not. C. de metallarijs. lib. 11.* vbi si conductor velit vendere fructus ex fundo conducto receptos, præferendus est dominus fundi, si offerat pretium, quod ab exteris offertur.

Tertio pro hac parte facit tex. *in l. i ibemus, §. & filios. C. de aduoca. diuers. iudi.* vbi filius aduocati præferendus est alijs in officio paterno.

Quartò pro hac parte facit *cap. 1. § porrò. qualiter olim feud. poterat alienari.* vbi vassallo alienante rem feudalem in casibus permissis, præfertur dominus pro pretio ab alijs oblato, ratione iuris, quod habet: eadem ratione videtur etiam præferendus consanguineus.

2 *Interpretatio l. dudum de contra. empt.* Sed contrariam opinionem veriorem existimo, quòd dominus, vel etiam Ecclesia, finita generatione, possit emphyteusim cui velit cōcedere, per tex. qui ad hoc est expressus, qui nihil aliud decidere intendit in *l. dudum. C. de contrahen. empt.* vbi tex. consuetudinem quandam reprobat, quia non permittebatur cuilibet vendere rem suam arbitrio suo, sed præferebātur proximiores consanguinei, & hoc maximè considerandum est in datione in emphyteusim vel in locatione, in qua emphyteuta, vel conductor omni anno tenetur soluere pensionem, & in re aliena commoratur, vt iniquum sit hominem alienum à domini cōsuetudine, & moribus, rem domino inuito retinere, neque ex arbitrio suo posse conductorem eligere, quod in venditione, cùm tractum habeat momentaneum, & non successiuum, sicuti in emphyteusi, non ita est considerandum, cùm solora semel pecunia, qualis emptor sit, venditoris nihil interlit: & tamen liberum est ei emptorem eligere, quare id domino non licebit, ne communionem quodammodo, vel negotiū perpetuò cum homine sibi non satis ex sua sententia habere compellatur? quod maximè leges considerant, vt in *l. si conuenerit. ff. pro soci in fi.* facit tex. in *l. in hoc iudicium. in § si conueniat, ff. commu. diuid.* facit text. *in l. seruum vnicus. ff manda.* imò quando est danda Ecclesiastica emphyteusis, non debet dari personæ Ecclesiæ onerosæ, vt dicit *Bal. in cap. 1. in § 1. nu. 9. de his, qui feud. dar. poss. in vsibus feu.* ad quod facit tex. in *l. Nec cui. C. de locato. & conducto.* vbi in locatione etiam est expressum, vt quis non compellatur proximioribus rem locare: si igitur in venditione, & locatione hoc est expressum, quare in emphyteusi aliud statuetur? vt in *§. adeò. de locat. & conduct.*

Quinimo non solum non tenetur Ecclesia renouare consanguineis, verùm non valet pactum, vt si iterum Ecclesia velit dare emphyteusim, præferantur isti alijs extraneis, vt est constitutio expressa *in auth. de non alien. in § neque illud.* quam diligentia D. Episcopi Ilerden. hodie aliter traductam habemus. & est *nouella constitutio. 7. c. 4.* quæ ita inquit: Nam & illam pactionem, imò magis callidam machinationem, reijciendam esse constitutio iubet, id est, si pactus fuerit cum œconomis, & religioso Episcopo, & alijs personis, quas enumerauimus, is, qui emphyteusim contrahit: vt etiam tribus personis defunctis, nihilominus deinceps successoribus liceat emphyteuseos titulo res immobiles ab Ecclesia capere, & alijs personis anteponi: talem enim conuentionem, vtporè callidè factam, constitutio reprobauit.] quod si contendat quis hanc constitutionem vtpote de re, quæ ad principem secularem non pertineat disponentem, nihil in hac re promouere, non tamen id nostram opinionem subuertet, quæ tot manifestis rationibus suffulta est, quæ non parum iudicio pijssimi imperatoris iuuatur, cùm ex ea doctorum opinio iniquissima esse appareat, qui eam conuentionem à lege intelligi velint, quæ etiam expressè imponi tanquam iniqua ab Imperatore prohibeatur.

Non obstant allegata in contrarium. Primò non obstat *dict. l. congruit.* in qua, in locatione rei fiscalis præfertur ille qui habet rem locatam prius, si offerat idem pretium, quia respondetur, id esse speciale in fisco ea ratione, quia si rei fiscalis non reperiretur conductor, idem conductor compelleretur in locatione permanere, & renouare contractum, vt probatur *in l. Cotem ferro. in §. qui maximos, ff. de publi. & vectigal.* nimirum si idem conductor alijs præferatur: cùm non existentibus conductoribus, is iterum compellatur, conducere. Item etiam in rebus publicis, vel fiscalibus, cùm non detur affectio in persona dominorum, fiscus enim & respub. cùm non sit persona animata, non regitur eo affectu quo priuatus, imò omnes ciues æquali affectione prosequitur, æquum est vt is præferatur, qui aliquod ius in re habuit, vel eius consanguineus, cùm respublica, & fiscus non magis habeat affectionem ad vnum, quàm ad alium, omnes enim ei sunt pares, qui similem afferunt conditionem. Ideò præferendus est qui qualecunque ius habet, secùs verò in priuato, qui quibusdam viliori pretio, & leuioribus conditionibus concederet, alijs autem secùs. opinio enim vel voluntas, vel color eius, qui nolit concedere inspicitur, non substantia, vel veritas, vt dicit *Vlpianus in l. quia poterat, ff. ad Senat. consult. Trebell.* cùm vt ibidem ipse dicat, Variæ sint hominum volūtates,] deterior enim est ea conditio, quæcūque ea sit,

3 De interpretatione l. congruit. C. de loc. præd. ciui. l. 2.

quæ

quæ nobis inuitis, circa rem nostram defertur: vt in *l. fi. ff. de vsu & habitatio.* cum multis quæ cumulat *Tiraq. in tract. de vtroque retract. in præfatio. nu. 25.* Et ex his etiam respondetur ad text. in *l. pri. de metallarijs. lib. 11.*

Non obstat etiam tex. *in l. Iubemus. supra allegat.* quia loquitur in officijs publicis, in quibus maxima est habenda ratio filiorum eorum, qui reipublicæ seruierunt, vt data paritate alijs præferantur. Secus autem in contractibus initis à priuatis, in quibus voluntas domini attendenda est, nec est subijcienda rationi, vt in *dict. l. qui petebat. ff. de senat. con. Trebell. & l. sed si alio. cum alijs supra allegatis.*

4 Non obstat etiam quod vassallo vendente præferatur dominus, quia id verum est, quando vendit ille, qui habet dominium vtile, præfertur dominus directus, sicut etiam in *dict. c. potuit.* vendente emphyteuta præferenda est Ecclesia, nos verò loquimur in casu contrario, scilicet, quando dominus directi dominij vult contrahere: tunc enim non debet voluntatem illius, qui dominium vtile habuit, expectare, hoc enim interest inter dominium vtile, & directum, quod ille, qui habet dominium vtile, debet recognoscere habentem dominium directum: ea enim est natura dominij vtilis, vt directum obseruet, eique in multis deferat, non autem è contrario, maximè eo tempore quãdo cessauit vtile dominium, ideo ex multis non sunt pares termini. Ex quibus credo, quod satis constat, domino finita generatione posse, cui vult emphyteusim concedere, etiã exclusis emphyteutæ proximioribus: vt mirandũ sit, quòd sint plures doctores, qui teneant quòd etiamsi velit sibi retinere, nec amplius in emphyteusim cõcedere, omnino tamẽ renouare teneatur, vt dicit post alios *Deci. consi. 131.* quod sanè ridiculũ est. Frustra enim daretur in certã generationẽ, si semper est renouãda, etiã Ecclesia domina inuita: ideò rectè cõtra eos tenet *Ludo. Goza. consi. 39. col. pen.* de quo per *Anto. Gabr. vbi suprà. n. 14. & 15.*

Dominus vtilis directo defert, non per cõtrarium.

5 *Citra Phil. p. Deci.*

CAP. VIII.

De intellect. text. c. potuit. extrau. de locat. & conduc. & l. 1. in §. fi. cum l. seq. ff. de rebus eorum.

SVMMARIVM.

1. *Res priuati, non Ecclesiæ venditur, quando emphyteuta alienat.*
2. *Quando in translatione de vna persona ad aliam, requiratur eadem solemnitas, quæ in primo contractu.*
3. *De intellectu l. 1. in § fina. cum l. sequent. ff. de rebus eorum latissimè.*
4. *De intellect. tex. cap. 2. de condit. apposit.*
5. *Princeps sine causa non debet à iure scripto recedere.*
6. *Intellect. cap. potuit. & l. 2. ff. de reb. eor.*
7. *Intellect. cap. verum. extrau. de conditio. apposi.*
8. *In solo pignore dict. l. 1. § si. procedit, & num. sequent.*
9. *Notab. declaratio ad l. quidam fundum. ff. de in rem versi. & alias leges.*
10. *De intellect. tex. in l. penul. C. quando decret. opus nõ est.*
11. *Inter acquisitionem ex titulo lucratiuo, & oneroso, maximè interest, sed vide num. sequent. 12.*
12. *Non sufficit qualibet causa ad alienandas res minorum.*

Franc. Sarmient.

CVm in superioribus capitibus materiam iuris emphyteutici exposuerimus, operæ pretium etiam erit de intellectu text. in *c. potuit. de loca. & conduct.* aliquid attingere, quod à doctoribus nostris non satis explicetur. inquit text. Potuit emphyteuta, Ecclesia primitus requisita, eique nunciato quantum sibi ab alijs offertur, si nolle se emere dixerit, vel à denunciationis tempore duorum mensium spatiũ sit elapsum, meliorationes, & ius sibi competens alijs vendere, qui ab emptione huiusmodi minimè prohibentur.] Pro huius text. intellectu, sic opponuntur: videtur enim quod in hac venditione non ita leuiter procedi possit: deberet enim solemnitas interuenire, de qua in *cap. fine exceptione 12. q. 2. & in authent. hoc ius porrectum. C. de sacrosanct. Eccles.* cum fiat contractus super re Ecclesiæ, & tamen tex. vult quod sine aliqua solemnitate, sed sola taciturnitate Ecclesiæ possit hic contractus expediri: ergo &c.

Intellect. c. potuit de locat. & num. 5.

1 Ad hanc difficultatem possumus respondere ex mente *Ioannis Andreæ ibidem, & in cap. quæ in Ecclesiarum. de constitutio.* vbi *AEgidi. num. 6.* quod ideò non est necessaria solemnitas, quia non venditur res Ecclesiæ, dominium enim vtile quod venditur, emphyteutæ, non Ecclesiæ est, vt in *dicta l. 1. § qui in perpetuum. ff. si ager. vectig.* facit tex. in *l. lex vectigali. ff. de pigno.* sed opponitur, licet vendatur ius emphyteutæ, non Ecclesiæ, tamen cùm sit in Ecclesiæ potestate, pro pretio ab exteris oblato accipere, vel omittere, lædi Ecclesia posset, vt in *l. si emptione. ff. de mino. & in cap. constitutus. de in integrum restitutio.* Ergo solemnitas necessaria est. sed huic difficultati respõdere possumus, quòd licet Ecclesia lædi possit, tamen hæc læsio in omittendo est, in qua specie solemnitates, quæ aliàs in iure requiruntur, non sunt necessariæ. argumen. tex. in *l. fin. C. de acquiren. possess.* & est bonus textus in *l. prima in fi. C. qui admitt.* & hoc patet ex doctri. *Innoc. in c. 2. de donation. & glos. fin. in c. illud 16. quæst. 6.* latè *Feli. in c. super his. 2. col. de accusatio.* & recentiores *in l. seruum. C. de pact. & in l. legatum seruo. ff. de leg. primo,* & ita omittendo labi tempus, præiudicatur Ecclesiæ, vt per *Tiraq. de vtroque retract. in fi. 2. partis. nu. 20.* pro quo est text. expressus in isto *c. potuit* ibi, vel à denunciationis tempore duorum mensium spatium sit elapsum.] licet vulgò ad id non allegetur, si autem Ecclesia pro pretio oblato ab alio rem acciperet, cùm non agatur de alienatione, sed de acquisitione, non erunt tractatus, neque prædictæ solemnitates necessariæ, & ita soluitur dicta difficultas, licet etiam dici posset, quod est res sohra dari in emphyteusim, ideo potest id sine solemnitate fieri, vt in *c. 1. extran. de feu.* quod & *AEgi.* voluit *in dict. c. quæ in Ecclesia. num. 6. in fi.*

Solemnitas non est necessaria vbi agitur de non acquirendo.

Non obstat dict. l. si in emptione. quia loquitur quoad validitatem non quoad restitutionem.

2 Sed opponitur quòd solemnitas sit necessaria in

Quando solemnitas sit necessaria in renouatione contractus.

in hac venditione, quia vbicunque fit translatio de vna persona in aliam, fit nouus contractus. *l. pacta conuenta. in fin. ff. de contrahen. empt.* & eadem solemnitas, quæ requiritur in prima cõcessione, erit necessaria in hac translatione, vt in *l. si vt proponis. C. de nuptijs.* Ergo noua solemnitas requiritur, nec sufficit ea, quæ in prima concessione emphyteusis interuenit. Ad hanc difficultatem respondere possumus, quòd prædicta vera sint, nisi ex natura primi contractus solemniter celebrati id eueniat, vt in *l. si pupillorum. in §. si pupillus. ff. de rebus eorum.* vbi si res pupilli pignoretur solemniter, & cum decreto iudicis, in venditione postea non requiritur decretum, nec solemnitas, quia hoc ex consequẽtia primi contractus solemniter celebrati deducitur, ad quod etiam facit textus in *l. fistulas. in §. fundum. ff. de contrahen. emption.* facit textus in *l. prima, & in l. secunda. C. si aduersus vendit. pignorum,* & sic videmus patrem consentientem filij obligationi, & executioni consensisse videri, vt not. in *l. 3. in §. sed vtrum. ff. de mino.* vide plura in simili per *Tiraquel. post ll. connubia. in glos. 3. nu. 154. cum pluribus sequentibus vsque ad 160.*

Sic etiam literæ executoriales non dicuntur grauare, sed monitoriæ, quæ præcesserunt, vt in *cap. literis. de rescr.* sic etiam non appellatur ab executione, quia non est executio quæ grauat, sed sententia quæ præcessit, vt in *l. ab executione. C. quorum appellatio. non recipian.* vt mirum sit in re tam clara errare doctores nostros, præter *Abb. & Deci. in cap. preterea requisisti. extrau. de appella.* tenentes quòd si quis excommunicetur, nisi infra viginti dies satisfecerit, etiam si post decem dies ante vigesimum appellauerit, suspendi excommunicationẽ, quod falsum est, cùm dies non grauet, sed iudicis pronunciatio, ideoque eo tempore, ius appellandi connumeratur etiã ante conditionis euentũ, vt est tex. in terminis in *l. 2. in §. biduum. ff. quando appellandum sit.* & facit bonus tex. in *l. prima, & in l. potior, & in l. qui valmeum. ff. qui potiores in pig.* & quod ibi notatur, quod initium inspici debet, & non finis: fac. quæ dicit *Deci.* alios referendo *in auth. si quis in aliquo documento. num. 5. C. de edend.* de statuto concedente parte condemnationũ potestati, quod debeatur iudici, qui condemnauit, non successori qui exegit, quia hoc attribuitur priori. quod quia est extra materiam non examino. videndum est *quoddam consi. 151. inter consi. Soci. lib. 1.* quod ipse allegat. *& Soci. consil. 100. eodem lib.* & verba statuti attendenda, quæ si non omnino repugnent, principium ex quo necessario sequitur, & non finis debet attendi, vt dictum est, & fac. *ff. de lega. 2. l. vnum ex familia in princi.* Ita etiam in nostro casu solemnitas, quæ à principio interfuit in concessione emphyteusis, sufficit ad hanc venditionem, quæ ex natura primi contractus deducitur.

Appro. opinio. Abb. & Dec contra alios.

3 Sed contra hæc omnia facit fortissimus text. in *l. prima. §. fina. cum l. sequent. ff. de rebus eorum.* vbi inquit text. Si minor 25. annis emerit prædia, vt quoad pretium solueretur, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, nam vbi dominium quæsitum est minori, cœpit non posse obligari.] Subsequitur *Paulus iurisconsultus in l. sequent.* sentiens hanc difficultatẽ, qui ita inquit. Sed hic videtur illud mouere, quod cùm dominio pignus acquisitum est, & ab initio obligatio inhæsit, quod si à fisco emerit, sine dubio est, quin ius pignoris saluum sit: si igitur talis species in priuato venditore inciderit, imperiali rescripto opus est, vt rescripto pignus confirmetur.] Ecce tex. fortissimũ contra istũ tex. & supradicta, in quo, ab initio contractus inhæsit illa qualitas, vt pignori esset, & tamen illa qualitas in executionẽ trahi sine solẽnitate, imò sine principis rescripto, nõ potest, sic in hoc text. *cap. potuit.* licet ex primo contractu hoc deducatur, vt vendi possit, solemnitas tamen necessaria est, cùm fiat translatio de vna persona in aliam, vt supra dictum est.

Intellect. l. 1. in §. fi. ff. de rebus eorum.

Certè dispositio illius text. in dicta l. 1. durissima videtur, vt pactum, & conuentionem, quam apposui in re mea, non obseruet minor, nec possit, vt optimè & eleganter considerat *Pinel. in l. prima 3. part. nu. 52. de bon. mater.* sed latisimè omnia, vt solet, cumulat *Tiraquel. in tract. de retract. conuen. in fin. num. 10. cum plurib. sequen.* melius quam *Boer.* qui obscurè loquitur, *decis. 182. num. 30. & sequent.* qui dissimulat difficultatem *dict. l. 1. §. fi.* non enim aliter venditurus essem, nec sine eo onere acquisisset minor, nisi pignoris obligatione adiecta, quod alibi considerat *Marcellus in l. si quis aliam. ff. de solutio.* tex. notab. in *l. Cams Seius. ff. de manumissioni.* ibi: Paulus respondi, cùm ea conditione ancillam emptã domino acquisitam, cũ qua venisse proponeretur,] nec quod minor sit, qui acquisierit mouere iurisconsultum debuit, nam vt *idem Vlpia.* inquit, & si pupillus emat, æquũ est eum fidẽ adimplere: cũ sine damno eius hoc sit futurũ. ita *idẽ in l. 4. in §. sed etsi minor. ff. de manumisso.* qui fideicõmissariã libertatẽ debet: etiam eo tempore quo alienare prohibitus erit, manumittere poterit.] Sicut dicit idẽ. *Vlpian. in l. cum quasi, in §. qua fideicommissariã, ff. de fideicommissa. libert.* eadẽ ratione *in dict. l. 1. §. fina.* vt cõuentio seruetur, ea res alienari posse videtur: cùm & ea conuẽtio pars pretij sit, vt inquit *Iabolenus in l. fundi partẽ, ff. de cõtrahen. emptio. & Hermogenianus in l. qui fundũ. ff. eodẽ tit. & Paul. iurisconsultus in l. si sterilis. § si tibi, ff. de actio. empt. & vendi. & in l. quaris. ff. de pact. dotal. & Vlpianus in l. 4. eodem titu.* omnia enim pacta pars pretij sunt, vt non immerito dos, quam ex pacto lucratur vir, titulo oneroso habeatur: vt not. *in l. si donaturus. in §. final. ff. de condict. ob causam.* quia ob hoc minorem dotem accepit, & hoc pactum pars dotis est, vt in *prædict. ll.* & ideo istum contractum, de quo *in dict. §. finali,* debuit iurisconsultus approbare, vel reprobare in totum, vt alibi *iurisconsultus* inquit *in l. cum quæritur, ff. de administr. tutorum.* bonus textus

Omnia pacta sunt pars pretij.

l. si

l. si seruus mancipium, ff. de adilit. edict. Et Vlpia. in l. Iulianus, §. si quis à colludente. & in §. si quis à pupillo, ff. de actio. empt. & vendit.

Et adeò dura videtur illius tex. dispositio, vt solum in minoris vtilitatem contractus approbetur, & quantum ad pignus pro venditore conuentum, reijciatur, & ita in parte pretij creditori fraus fiat, vt non dubitauerint aliqui, vt *Benedict. de Plumbino in l. 4. §. in lul autem in nu. 4. ff. de manumissio. & Afflict. in cap. primo. num. 10. de feudo dat. inuicem leg. commi. & Pinell. Lusita. in l. prima 3 parte. num. 52. de bon. mater.* contra illam legem respondere in non dissimili quæstione, si monacho, Ecclesiæ, vel (quod idem est) minori res vendatur, cum pacto de retrouendendo, vt possit minor, vel Ecclesia, & teneatur conuentionem obseruare, quia *prædictam l. primam. §.* ita iniquam censent, vt extra casum, in quo loquitur, non extendatur.

Opi. Bene. de Plumb.

Op. Tiraquel circa dict. legem.

Alij, vt *Tiraquel. in tract. de retract. conuent. in fi. num. 13.* existimant legem illam corruptam esse, alij ad contrariam sententiam eam allegant, vt *Bal. consi. 415. libr. 2.* sed in illa l. non possumus dicere quod fuerit aliquis error, & quod iurisconsult. alter eam legem scripserit, quia neque addita, neque detracta aliqua affirmatione, vel negatione, possit percipi contrarius sensus, & iurisconsultus bis, & ter hoc repetit, & ex argumentatione *Pauli in l. 2.* clare colligitur sensus communis.

Opin. Cuman. circa dict. l.

Alij autem distinguũt, vt *Cuma. in eadem l.* an illud pactum pignoris fuerit interpositum non in contractu, sed in rei traditione, & procedat ille tex. potest enim minor acquirere, & non acquisita alienare: facit *l. minor 25. annis §. seruus. ff. de euictio. & l. ad resoluendam. C. de prædijs minorum.* cum glos. aut à principio in ipso contractu, & omnimodo sit seruandum, etiam sine rescripto principis, quod est contra ipsum text. ibi. Ab initio obligatio inhæsit.]

Opi. Pinel.

Alij autem vt *Pinell. vbi supra* dicunt, si contra iurisconsultum loqui licet, contrarium in specie illius §. æquius, & verius videri, sed absit vt *Vlpia. & Paul. iurisconsult.* errasse dicamus, iniquumque aliquid constituisse, qui necessitate iuris coacti, id responderunt quodammodo inuiti. Ideò viam aperuerunt, quo possit rigor ille iuris temperari, scilicet, vt rescripto principis pignus confirmetur.

Circa quod notandum est, quod licet in illa lege, simul & ab initio illa conuentio de pignore posita sit, vnusque contractus videatur, tamen necessario dicendum est, duos esse contractus, quorũ vnus omnino præcedit, cũ prius debeat esse acquisitum minori dominium, & abdicatum à vendente, quàm pignus constitui possit, quod pignus in re propria non consistat. vt *in l. neque pignus. de reg. iu.* & licet videatur vnus contractus, & vnicum tempus, duo tamen sunt, etiamsi occultari celeritate videatur alter contractus, vt in simili inquit *Vlpianus in l. hæc oratio, §. sed si debitorem, ff. de donat. inter vi. & vxo-*

Franc. Sarmient.

rem. ibi: Nam celeritate coniungendarum in se actiunum vnam actionem occultari.] Erit a breui manu prius est minori acquisitum dominium, quàm pignus constituatur, vt in *l. licet. de iure dot.* ibi; breui manu, &c.] Bonus tex. in *l. singularia. in fin. ff. si cert. peta.*

Dispositio collata in tempus inhabile non valet.

Quod autem sint duo contractus, probatur: quia natura distinguũtur, & vnus necessario perfici ante alium debet. Ideo secundus contractus confertur in tempus inhabile, quo res est iam effecta minoris, & quodammodo extra commercium posita, quo necessario secundum contractum esse nullum, cùm de re minoris sine solemnitate fiat, ideò illud pactum non est super re propria, sed super re aliena, & pro hoc facit tex. singul. *eiusdem Vlpian. in l. Stichus seruus meus, ff. de man. testa.* vbi testator in hæc verba disposuit: Stichus seruus meus, si eum hæres alienauerit, liber esto.] Inquit tex. Inutiliter libertas datur, quia in id tẽpus confertur, quo alienus futurus est.] Et rursus *ibidem idem Vlpia.* Igitur nec sic directò dabitur libertas, si hæredis mei esse desierit, liber esto, quia nullum casum vtilem habet.] Ecce text. in materia maximè fauorabili, libertatis scilicet, etiamsi adsit voluntas defuncti, de suo disponentis, vt Stichus liber sit, & videatur etiam seruus cum illa causa alienari, & conditio eodem tempore alienationis cedere, tamen quia in eum casum, & tempus disposuit, quo alienus esset futurus, inanis & inutilis est dispositio, licet æquum videretur in re propria testantis, eius seruare voluntatem, ad quod facit *l. quod sponsæ. C. de donat. ante nupt.* quod etiam est in proprijs terminis *dicti §. fin.* vt non noua, neque iure extranea videatur illa Paul. & Vlpiani decisio. & pro hoc etiam induco tex. singu. in *l. Imperatores, ff. de manumiss. test.* vbi eleganter *Papinia.* inquit, quòd si testator seruo suo libertatem relinquat his verbis: Ita vt sit cum hærede donec iuuenis sit, quod si noluerit, aut contempserit, iure seruituris teneatur,] inquit tex. ad reuocandam libertatem, quæ competit non sunt efficacia.] Ecce tex. singu. Papiniani, qui refert rescriptum Imperatorum Veri, & Antonini, ex quo euincitur necessaria dispositio *illius §. fin. dict. l. prima. de rebus eorum.* in quo conuentio illa pignoris inefficax est, quia in id tempus confertur, quo res minoris est.

Nec his obstat text. *in cap. 2. de condit. app.* 4
quia illi textui potest responderi ex *l. Mauia, ff. de manumiss. testament. & in l. libertas in prima. §. hac scriptura, ff. eodem titulo.* licet doct. canonistæ id non aduertant.

Intellect. c. 2. de condi. appo.

Sed vt verius illius tex. rationem & necessitatem intelligamus, finge te Ecclesiæ, vel episcopo vendere fundum, vt in eo Ecclesia construatur, & consacretur, habita fide de pretio, vt donec pretium soluatur, fundus ille pignori sit in qua specie, quæro ab his, qui iniquitatem iurisconsult. notant, *in dict. §. fin.* quid de eo cõtractu iudicabunt? vtrũ dicent non valere huius-

Statim quod lapis eructatus est siue benedictus est extra potestã. laici. Turrecremat. in cap. Si ex laicis. n. 1 10. q 1. imo vbi est destinatus locus. vt ca ad hae. de religio. domi.

modi contractum in totum, an nõ posse consecrari contra conuentionẽ, si pignori subijci non potestes fundus, qui ad hoc vt cõsecraretur traditus est, an consectatus pignori teneatur, quod nemo dixerit, imo nec ante consecrationem est obligatus, vt ex *Innoc.* ponit *Tiraq. vbi supra, nu. 11.* sed id reprubat *in nu. 14.* ita in *d. §. fi.* illa res extra cõmercium nostrũ in ea specie posita videtur, cũ res minoris effecta sit, quæ alienari nõ potest quia tamen æquũ est conuentionẽ seruari, princeps consulẽdus est, vt pignus cõfirmetur: non enim ita extra commercium posita est, vt princeps pignus confirmare non possit, & debeat.

De potestate iurisconsultorum.

Neque hoc fecit *Vlpia.* & *Paul.* licet bonum æquu nuc esset, quia eis obstabat Imperatorum respõsum supra alleg. in *dict. l. Imperatores.* & obstabant libertatis exẽpla: obstabat etiã quod iurisconsulti æquitatẽ contra rescriptũ, vel leges Principis admittere nõ possunt, eis enim interpretandarũ legũ potestas, non corrigendarum datur. vt *in §. responsa prudentũ. de iure naturali, gentiũ, & ciuili*, etiamsi in legẽ iniquã, vel iniustam incidant, vt in *l. prospexit, ff. qui & à quibus*. ibi: Per quam durum est, sed sic lex scripta est.]

Hoc enim Principi soli reseruatum est, vt ex magna causa iuris rigorem moderetur, vt *in l. nisi ex magna causa. ff. de minor.* vbi inquit *Paul. Iuriscõsult.* nisi ex magna hoc fuerit à Principe cõsecutus,] & text. singula. in *l. itaque, ff. de fidei commissa. libertati.* vbi princeps adeundus est, vbi æquitas postulat, vt à iure scripto recedatur: optimus text. in *l. 2. in fi ff. si liber. ingen. esse dica.* facit text. in *l. prima, in fi. ff. de quæst. & in l. diui. ff. de pœn.* quæ sunt optimæ leges contra ineruditos iudices, qui ex imperitia sua contra ius scriptum, æquitates quasdã, ex capite suo confingunt, dicentes esse quæst. de bono, & æquo. In quo genere (ait *Paul.*) plerumque sub authoritate iuris scientiæ perniciosè erratur.] ita *Paul. iuriscõsultus in l. si seruũ. §. sequitur de verb. oblig.* cũ neque prin-
5 ceps ipse nisi ex magna causa à iure scripto recedere debeat, neque iurisconsul. possit etiã cum magna causa, qualis in *dict. §. fi.* incidit, sed princeps adeũdus est, & ita defenditur illa elegans decisio *Vlpia. & Paul.* vid. quæ dixi in libello de Redditibus Ecclesia. in 1. parte, in c. 2. in num. 9.

De potestate iudicis in rebus immobilibus minorũ & [illegible] 53.

Et si dicatur quare principis rescriptum in his necessarium sit, cùm sufficiat regulariter decretum iudicis in alienatione rerũ minorũ, vt per *totum illum titulum, ff. de rebus eorum*, respondetur, decretum iudicis tunc sufficere, quando subest causa necessaria æris alieni, nec sunt alia bona mobilia minoris, quæ possint venundari, vt in *l. magis puto. §. ne passim. & per totam l. eodem titulo de rebus eorum. & in l. ob æs alienum. C. de præd. mino.* quod cessabat in *dict. §. fi.* cum non constet quod minor aliunde satisfacere non posset, quod si non possit, decreto iudicis ea res vendi poterit, vt vẽditori satisfiat, quod ab initio fieri nõ potuit, cùm debitũ eo tẽpore voluntariũ fuerit. si tamen vtile sit minori, & non aliter contrahere dominus velit, princeps adeũdus est, quia iudicis decreto id expediri nõ potest, qui necessitatis tantũ causa, non vtilitatis potestatem habet.

De interpretatio. c. potuit. de loc.

Quid ergo dicemus ad tex. *dict. c. potuit*, in 6
quo quia hæc qualitas à principio inhæsit, potest sine solemnitate noua expediri hæc venditio iuris emphyteutici. Sed his possumus respõdere, quod in *dict. l. prima. §. fina.* licet illa qualitas fuerit posita à principio, non tamẽ inerat ex natura actus, sed ex cõuentione, at in isto text. id de quo agimus ex natura contractus est. eo enim ipso quod conceditur emphyteusis, cum hoc conceditur sua natura, vt vendi posit facta denunciatione, de qua in nostro textu nisi speciali conuentione venditio impediatur. Ideò solemnitas quæ à principio interfuit, ad explicanda hæc omnia, quę sequũtur ex natura actus sufficit, & pro hoc induco textum expressum *in dict. §. final. cum leg. sequenti*, vbi si cum fisco ita cõtractum sit, valebit pignus, quia natura contractus cum fisco celebrati ca est, vt bona cum eo contrahentis sint hypothecata, vt in *l. secunda. C. in quibus caus. pignor. tacite contraha.* & hoc nõ obscurè subsensit *Bartol in l. item quia. in fin. princip. ff. de pactis.* allegãdo *dict. §. fi.* quẽ noluit allegare, *cũ l. sequent.* licet *Pinell. vbi supra* malè Bar. intelligat, dicẽs quòd *Bart.* allegat textũ in cõtrarium eius, quod expressè dicit, quia imo bene cũ allegat *Bart.* pro quo etiã facit tex. *in l. 3. quæ incipit sed si pecunia alterius pupilli, ff. eod. tit. de rebus eorum.*

Intelle. dic. l. 1. §. fi. cum l. sequent.

Contra Pinell.

Intellect. c. verum. de condit. appos.

Secundo etiam modo possumus hodie dice- 7
re, quod rescriptum illud Principis, quod *Paulus iurisconsultus ibi* desiderat, sit iam in ius cõmune redactum ab Alexandr. III. in *cap. verum. de cõdit. apposit.* quod etiam iure ciuili seruandum sit, cũ iure ciuili non erat à principe expressè dispositum, nam licet responsa iurisconsultorum sint approbata, tamẽ in *dict. l. secũda*, quæstio illa magis ad principẽ refertur, quàm vt à iurisconsulto decidatur: cũ iurisconsultus demonstret viam, qua rigor ille, in quem iurisconsultus inuitus incidit, temperetur, & ita veræ sint opiniones doctorum quos allegat *Pinell. vbi supra*, in specto iure canonico, vt pactum de retrouendendo, vel addictionis in diem, à minure, vel ab Ecclesia seruandum sit, nec solemnitas requiratur per text. in *dict. cap. verum.* quod est singulare, nec ab aliquo animaduersum, & facit text. cum *glos. in cap. cum dilecti, extrau. de donationi.*

singularis intelle. dic. l. 1. in § f.

Sed licet hoc nobis aliquando placuerit, nõ
pudebit exemplo *Papiniani in l. si venditor. in §. fi.* 8
ff. de seruis exportã. ab hac opinione, quæ nũc omnino displicet, discedere. puto enim in specie *d. l. 1. §. fi.* nihil esse immutatum, & speciali ratione illum tex. procedere in pignore, quod & Cumanus sensit, qui elegantissimè dicit non est tale pactum quod reputetur pars contractus, nam respicit solũ securitatẽ. Ideò in alijs pactis, licet in eis videatur similis ratio, illum textum locũ nõ habere: exempli gratia, si quis vendat minori prædium cum pacto de retrouendendo ex facto venditoris, vt si restituerit pretium infra duos annos, ei reddatur, puto valere conuentionem,

tionem, nec illum textum procedere, nō enim aliter dominus venditurus erat. Et ita procedāt omnia quæ faciunt contra dispositionē *dict. l.* 1. & hoc sensit *glos. in l. si ad resoluendam. C. de prad. mino. in verb. emisisti.* licet contrariū fuisse determinarum in quæstio. quam eius filius *Francisc. Acursi.* disputauit, referat *ibi Albert.* sed verior est opinio glos. & *Cumani.* licet *ipse Cuma. in fin.* videatur redire ad suum priorem intellectum, sed si ita vendatur, vt donec pretium soluatur, res sit hypothecata, & ita ex non facto minoris, vel culpa res alienetur, cùm res iam minoris fuerit, puto procedere *dict. l.* 1. in §. *fina.* quia nō in hac conuentione substantia contractus versatur, cū pignus accessoria res sit, quæ necessario præsupponit rem minoris esse effectam, alioquin res propria venditori pignorata esse non posset. vt *ff. de reg. iur. l. nec pignus.* ex pignore autē sequeretur, quod sine vllo decreto, sine vlla causa, vel necessitate etiamsi aliunde minor soluere posset, rem illam posset alienare, vt in *l. si pupillorum in* §. 1. *de reb. cor.* permissa enim hypotheca, permissa venditio videtur in consequētiam nec fit maximum præiudicium venditori, vt si aliàs ei possit satisfieri sine vēditione pignoris, satisfiat, si enim aliunde nōposlit, cū necessaria alienatio sit, succurri ei poterit, vt cum decreto alienetur.

Denique his duobus cōcurrentibus, & quod damno in effectu venditor non afficiatur, cum non ideò minus pretium sibi solui debeat, & quod de accessoria obligatione agatur, procedit *dict. l.* 1. *in* §. *fin.* at in alijs conuentionibus, in quibus non eadē vtilitas potest vēditori repræsentari, non erit à conuentione recedendum, vt in pacto de retrouendendo, & in alijs pactis de quibus doctores loquuntur.

Et pro ista distinctione facit quod not. *Bart. in l. quamuis. de pignor. actio.* vbi constituit differētiam inter obligationem principalem, & illam, quæ adducitur pro cautione creditoris, vt est hypotheca. quo fit vt si res omnino alienāda sit, quia ære alieno minor grauatus sit, in ea re venditorē credere præferendum, vt ante omnes ex pretio illius sibi satisfiat, argu. text. *l. licet C. qui potio. in pign. habe.* & in ista specie non procedat tex. in *l. quidā fundum, ff. de in rem versi.* & in *l. procuratoris. in* §. *plane. ff. de tributo. action.* & pro hoc videtur casus in *l. si Pupillorū. in* §. *fi. ff. de reb. corū.* 9 denique ista hypotheca non operabitur, vt ex ea ad venditionē possit perueniri simpliciter, ve aliàs posset in iusta & legitima hypotheca, vt in *dict. l. si pupillorum. in* §. 1. operabitur tamen prælationem, cùm ad excussionis ius, & rerum immobilium alienationem ob æs alienum iudicis interueniente decreto peruenietur, vt *dict. l. si pupillorum. in* §. *fina. incip. si obligauerit.* nam in ista specie nullum præiudicium minori infertur, quamuis pactum obseruetur, quod inferretur, si nulla necessitate excussionis præexistente, ex sola cōuentione ad alienationem deueniretur, quod est notandum pro intellect. *dict. l.* 1. quę, vt dixi, non habet locum in pactis principalibus, quibus per æquipollens satisfieri non potest.

Singularis interpretatio ad leg. quidā fundū ff. de in rem versi.

10 Et pro isto singulari intellectu induco textum expressum in *l. penult. C. quand. decreto opus non est:* vbi inquit textus. Prædium rusticum, vel suburbanum à minore viginti quinque annis alienari sine decreto præsidis, nisi parentis voluntas, vel testatoris, ex cuius bonis ad minorē peruenit, super alienando eo aliquid mandasse deprehēdatur, nulla ratione potest.] Ecce quod seruanda est voluntas, & dispositio super alienanda re minoris, quam antequam esset minoris, dominus illius rei imposuit, & probatur in *l fin. ff. de rebus eorum.* Ergo idem in specie nostra, ex quo id quod in dictis legibus dicitur, verum esset, si circa dispositionem principalem, non circa hypothecam, & accessionem, voluntas illa emanasset per supradicta: tunc 11 enim non omnino sequenda esset voluntas, licet etiam dici posset illam legem procedere, vbi mero titulo lucratiuo res minori deferetur, quod & *Cumanus* voluit, secus si oneroso, vt in *dict. l.* 1. §. *fin.* vel mixto, vt videtur probari in *l. magis puto. in* §. *si fundus. ff. de reb. cor.* vbi inquit *Vlpia.* Si fundus legatus, vel per fideicommissum fuerit relictus Seio à pupillo hærede instituto, an tutores restituere hunc fundum possint sine authoritate prætoris: & putem, siquidem rem suam legauit, cessare orationem, sin verò de re pupilli, dicendum erit locum esse orationi, nec inconsulto prętore posse alienari.] Denique vbi ex lucratiua causa minor rem habet, omnino & indistinctè, sequenda est domini voluntas; si ex onerosa, sequenda etiam omnino erit, quatenus respiciat principalem obligationem, in accessoria tamen sufficit vt in effectu vtilitas eadem repræsentetur, quod est notandum. Nam quod dicamus cum Pinello contrarium in specie *illius l.* 1. §. *fi.* æquius videri, quàm quod ibidem *Vlpianus* respondit, non potest placere, nimium enim est audax Vlpianum reprehendere, maximè cum & illi Vlpiani sententiæ subscripserit & *Paul. iurisconsultus,* qui duo *Vlpianus* scilicet, & *Paulus* sunt iuris nostri coryphæi, vt eos cum Seruidio Scæuola appellat *Modestinus, in l. scire oportet. in* §. *aliud etiam, ff. de excusation. tutorum.* vbi dicit: Ita enim, & Seruidius Scæuola, & Iulius Paulus, & Domitius Vlpianus Coryphæi legum prudentum scribunt.]

Alia declaratio d. l. 1.

Con. Pinel.

12 Sed distinctio prædicta inter causam onerosam, & lucratiuam improbari videtur ab *Vlpiano. in l. illud. in* §. *si quis minor. ff. de manumissi. vindict.* quem etiam *Cuma.* notat. vbi ita inquit *Vlpianus,* Si quis minor viginti annis hac lege seruum dederit, aut pretio accepto, vel donationis causa, vt eum liberum faciat: potest ille causam manumissionis illius probare hoc ipsum, allegans legem datam, & eum perducere ad libertatē.] Et clarum est quod loquitur etiā in titulo oneroso, vt bene gloss. intellexit. licet *Cuman.* hoc negare videatur, qui tamē redit ad priorem suam interpretationem, vt non in contractu, sed in traditione in dict. §. fin. fuerit pa-

ctum interpositum, quod falsum est, ideò remanet hæc difficultas, & videtur etiam *illa lex illud*, & aliæ ei similes contradicere dictæ *legi primæ, §.fi.de rebus eorum*. & Vlpianus sibi ipsi immemor repugnare, cum ratione conuentionis præcedentis, & legis, in datione rei impositæ, minor, aliàs prohibitus, possit manumittere, vt dicit tex. supra allegatus, & in *l.si rogatus. versic. sed si hac. eod. titul.* vbi *idem Vlpian.* inquit: Sed etsi hac lege seruus fuerit donatus, vt manumittatur: permittendum erit manumittere, ne constitutio diui Marci superueniens cunctationem consultis dirimat.] Quod *Papinianus* etiam probat in *l.causam.in princ. ff. de manumissio.* vbi inquit. Causam viginti annis minor, qui seruum donatum manumittendi gratia accepit, ex abundanti probat, post diui Marci literas ad Aufidium Victorium missas, etenim si non manumisit, ad libertatem seruus perueniet.]

13 Possumus tamen defendendo distinctionẽ prædictam inter causam onerosam, & lucratiuam respondere, & Vlpiani responsa, quæ aduersa videntur, conciliare, si quid interſit inter prohibitionem alienationis prædiorum, minoribus viginti quinque annis factam, & inter dictam manumissionẽ, intelligamus: nam manumissionis causa certa nõ est præscripta, sed quælibet, quæ iusta videbitur sufficit, vt minor manumittere possit, vt in *l.etiam.in princi.& in §.1 ff. de manumiss. vindict.* vbi *Paulus* enumerando aliquas manumissionis causas, subijcit. Et longum est, si exequi voluerimus: quia multa merita incidere possunt quibus honestum sit libertatem cum decreto præstare.] Iustam autem esse causam manumissionis nemo nẽgauerit, si lex manumissionis in venditione, vel donatione imposita est: nam ea æquitate motus *Vlpian.dict.l.1.* principis subuentionem desiderat, sed in alienatione rerum immobilium minorum, non iusta causa sufficit, sed æs alienum tantum, & præcisa necessitas requiritur, vt in *l.ob æs alienum tantum. C. de præd.mino.* & diximus in libell. de reddit. Ecclesia. in parte 1. in cap.2. circa finem.

CAP. IX.

Vtrùm vsufructuarius alienare vsumfructum possit.

SVMMARIVM.

1. *Vsusfructus alienari non potest secundum doctores.*
2. *Commoditas vsusfructus alienari potest. & ponuntur intellectus plu sum legum.*
3. *Vsufructuarius collatus vsuario, dicitur posse alienare, collatus verò proprietario non posse.*
4. *Vsufructuarius potest efficere vsuarium formalem, non causalem.*

IN præcedentibus quæstionibus visum est, quod res emphyteutica possit alienari, nunc videamus, an vsufructuarius vsumfructum alienare possit. Circa istam quæstionem considerandum est, quòd doctores nostri communiter tenent, vsumfructum vendi, vel alienari non posse, per tex.in *§.finitur. institu. de vsufruct. & in l.si vsumfructum, ff.de iure dot.& in l.vsufructu. 2.C.de vsufructu.* sed recentiores, vt *Balduinus in dicto §. finitur.& Pinell. Lusitan.in repetitio. l.1.C.de bon. mater.in 3. parte num.38.cum sequent.* qui alios refert, contrariam partem defendere conantur, quod alienari vsusfructus libere possit, & pro hoc inducunt text. *in l.cui vsusfructus, ff de vsufructu.* vbi *Iulianus* inquit in hæc verba, cui vsusfructus legatus est, etiam inuito hærede eum extraneo vendere potest.] & text. *in l.arboribus, §.vsufructuarius, ff. de vsufructu.* vbi inquit *Vlpian.* Vsufructuarius, vel ipse frui ea re, vel locare, vel vendere, vel alij fruendam concedere potest. Nam & qui locat vtitur, & qui vendit: sed etsi alij precariò concedat, vel donet, puto eum vti, atque ideo retineri vsumfructum, & hoc Cassius, & Pegasius responderunt. & Pomponius lib. 5. ex Sabino probat.] Facit text. in *l.non vtitur, ff. eodem tit.* & tex. in *l. in venditione, ff. de bonis auctoritate iud. possiden.* Facit etiam textus in *l. si is, qui bona. in §. vsusfructus, ff. de pignorib.*

1 Opinio recentiorum quæ infra reprobatur.

Doctores antiquiores crebrius intelligunt prædictas leges in venditione commoditatis, quam facere vsufructuarius potest, contrarias verò leges in iuris venditione, & pro hac distinctione inducunt textum *in l.necessario, §.fi. ff. de periculo, & commodo rei venditæ*. Doctores autem recentiores dicunt esse intellectum diuinatiuum: nos vero communem sententiam in hac quæstione veriorẽ putamus, & expresse distinctionem doctorũ legibus probari, tam in *dict.l. necessario*, quàm in *l.si vsusfructus, ff. de iure dotium.* vbi licet vendi, vel donari, vel cedi ius vsusfructus non possit, perceptio tamen fructuum, & vtilitas vendi, vel donari poterit, vt ius remaneat apud vendentẽ, vtilitas in emptorẽ transeat, & inspiciatur vita vendentis, quod non esset si totum ius transferri possit, vt expresse *Põponius* ait *in dict.l si vsusfructus.* in hęc verba. Vt ipsum quidẽ ius remaneat penes maritũ, perceptio vero fructuũ ad mulierẽ pertineat.] & est notabilis tex. in *l.vsumfructum, ff.solut matrimo.* & licet hæc solutio diuinationem videatur habere ad dictas leges, tamen si earum consideremus rationem, nullam continet diuinationem.

2 Antiquorũ opinio.

Nam prædictę leges, quæ permittunt vsufructuario alienare, hoc ei tribuunt, vt ostendant eum plus iuris habere, quàm habet vsuarius, qui nec vendere, nec locare, nec donare potest commoditatem quam ipse habet, nedum ius suum ad alium transferre. Ad hanc distinctionem respicere videtur text. *in princi. & in §. primo.in versi.nec vlli.de vsu, & habitatione.* vbi inquit textus loquendo de vsuario. Neque vlli alij ius quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest, cùm is, qui vsumfructum habet, hæc omnia facere potest.] Et facit text. *in §. is ad quem.eodem titulo.* & etiam ideò dicitur vsufructuarium alienare posse, vt ostendatur plus iuris habere, quàm qui seruitutem habet, qui hæc facere non potest, vt in *l.locare, ff. locati.* ad horum ergo differentiam vsufructuarius, vendere,

Intellectus singula.

Intellect §. 1. de vsu & habita.

dere, locare, & donare potest, vt in eo vsusfructus remaueat, commoditas autem ad emptorem transeat, & ita intelligitur textus qui hoc vult in *dict. l. si vsusfruct. & dict. l. si is qui bona. & dict. l. necessario*. ergo alienari potest, vt vita illius durante, qui alienat, non autem accipientis inspiciatur, vt duret, vt est text. expressus in *l. fundum mihi, ff. de actio. empt. & vend.* facit tex. notab. in *l. communi diuidundo. in §. cum de vsufructu, ff. communi diuidundo*.

3 Denique vsufructuarius alienare potest eo modo, quo vsuarius, vel qui seruitutem haber non potest, & ita verum est vsufructuarium alienare posse si cum prædictis conferatur, si vero confertur vsufructuarius cum proprietario, tunc verum est non posse vsufructuarium vsumfructum alienare, eo modo quo dominus proprietatē alienare potest, vt ita verum sit vsufructuarium alienare non posse, & hoc sentit text. in *dicto §. fin.* qui de cessione vsusfructus loquitur, quasi expressè text. velit, quod cedere non possit vsumfructum, idest ius, quod in sua persona est, ad alium trāsferre, vt alius vsufructuarius efficiatur: potest tamē cōmoditatē alienare, & ita vsufructuarius potest vsum vendere, nō vsumfructū, & hoc clarè sensit *Theophilus in fin. principij institu. de vsu & habitatione*. vbi ita inquit, Vsum autē vendere, locare, aut gratis alteri cedere nō licet, quum vsufructuarius omnia hæc facere possit.]

Intell. B § finitur. de vsufruct.

4 Et ita vsufructuarius potest efficere vsuariū formalē non causalem, quia apud eū debet remanere causa & ius vsus fructus, nec intelligas verè vsuariū, quia finietur morte vsufructuarij, resoluto enim iure dātis, resoluitur ius accipiētis, vt probat textus in *l. Iulianus, ff. de manumissioni. & in l. etiam si superficies. ff. qui potio. in pignor. habe. & in l. Statius Florus. in §. Cornelio Fœlici. ff. de iure fisc. in fin. & in cap. venerabili. de offic. delegat. & in l. lex vectigali, ff. de pignor.* & quia seruitus seruitutis dari non potest, vt in *l. prima, ff. de ser ui tut. lega.* sed est vsus facti, id est commoditas, quam ad alium transferre potest, quæ verbo vsus bene explicatur, ergo verum est vsufructuariū non alienare, & alienare posse. Non potest alienare, vt dominus proprietatis vsufructuarios, sed potest eo modo, quo nō potest vsuarius, & iste est verus sensus prædictarum legum, & resolutio, an vsufructuarius alienare posit, quod ita à doctoribus nostris non explicatur, an autē si alienet eo modo quo non potest, priuetur vsufructu, latiùs doctores disputant, quod, quia nō est materiæ nostrę, omittimus, vide latius *Pinellum vbi supra*.

CAP. X.

De annuis censibus in dotem datis: an maritus soluto matrimonio teneatur id, quod ex eis percepit restituere.

SVMMARIVM.

1. *Fructus dotis pertinent ad maritum.*
2. *Si vsusfructus in dote detur, maritus lucratur fructus.*
3. *Res perijt periculo vxoris.*
4. *Fructus qui consumunt rei substantiam non pertinent ad maritum, & de intellect. l. diuortio. in §. si vir.*
5. *Quæstio est in annuis censibus ad vitam.*
6. *Maritus tenetur fructus annui census ad vitam restituere.*
7. *Qui fructus pertineant ad maritum.*
8. *Quæ res pereant damno vxoris.*

MVlier omnia bona sua in dotem dedit, quæ habebat annuum censum omnibus diebus vitæ suę duraturum, qui ad vitam vocatur, putà ducentorum ducatorum singulis annis exoluendum, quæritur an fructus omnium annorum, quibus matrimonium constitit, viri sint, vel restituendi sint vxori, vel hæredi eius, matrimonio dissoluto.

Pro marito, vt restituere nō teneatur, facit, nā fructus dotis ad maritū pertinēt. *C. de iure dot. l. pro oneribus.* Hi autē fructus annui, sunt dotis; ergo ad ipsū pertinēt, nec restituere tenebitur. 1

Secundò, hi annui redditus ad vitam, similes vsufructui sunt. *ff. de vsufruct. l. si quis ita legauerit.* sed si vsusfructus in dotem detur, mariti fructus sunt, nec restituere tenetur. *ff. de iure dot. l. cum in fundo. versi. diuortio, ff. solut. matri. l. vsufructu.* ergo idem in his annuis redditibus, cùm eodem iure, quo vsusfructus censeantur. 2

Annuæ præstationes similes vsufructui sunt.

Tertiò, sicut fructus naturales sunt mariti, ita fructus ciuiles, id est pecuniarij. *ff. solut. matrimo. l. diuortio, §. de pensionibus.*

Quartò, pro ista parte facit, quia hi fructus singulis annis renascūtur, ergo ad maritū pertinēt, vt probatur *ff. solut. matri. in l. diuortio. in §. si vir.*

Quintò, pro ista parte facit *C. de vsufruct. l. fi.* vbi pater, ad quem in filij bonis, sicut marito in dote, pertinet vsusfructus, liber & sine obligatione restituendi vtitur filij vsufructu: quod videtur simile casui nostro, quia vt hi fructus consumunt ius vxoris, ita illi ius filij, qui caret vtilitate vsusfructus illorum annorum in quibus pater vsus est.

Sextò, pro ista parte facit, nam maritus vti potest rebus, quæ vsu consumuntur, & quę naturaliter constituto tempore finiūtur, vt vestibus dotalibus, ancillis, & seruis, & cæteris animantibus, & sicut annui isti redditus habent tēpus vitæ statutū, ita & serui, equi, & supellectilia, quæ vxori pereunt, nisi per æstimationē sibi cōsuluerit vxor. vt *ff. de iur. dot. in l. plerumque in primo. & C. eodē titul. in l. quoties, & in l. cū dotem.* Ergo eadē ratione, licet hi census vita perituri sint, ad maritū pertinebūt, & vxori decedent. 3

Pro contraria parte, quòd hi annui redditus ad maritum non pertineant, facit primò, quia siue hi annui redditus sint constituti vltima voluntate, quo casu plura sunt legata, vt de annu. legat. *l. si in singulos. quæ est l. 4. & l. pater Seuerinam Proculam. in §. si. in fine, ff. de conditio. & demonstr.* siue ex contractu, quo casu est vnica stipulatio, seu contractus, vt *de verbor. obligatio. in l. Stichum. in §. t.* vtroque casu si fierent mariti, consumeretur vna obligatio earum in prima specie, & tamen maritus ita dote vti debet, vt rem non consumat, ergo restituere tenetur, sicut si illa ducentorum illius anni habuisset in dotem,

tem, in secunda verò specie consumeretur pars illius obligationis, nam si vxori deberetur mille, quorum centum singulis annis sint soluenda, nemo dixerit maritum pecuniam istam dotalem ita facere suam, vt nunquam restituere eam teneatur, quasi fructus dotis sit, quod à specie proposita differre non videtur.

Secundò fructus, qui consumunt substantiam rei, non pertinent ad maritum, *ff. solut. matrim. in l. diuortio. in § si vir.* sed hi fructus sunt tales, vt nulla sit substantia præter fructus: ergo non pertinent ad maritum, ita vt restituere non teneatur matrimonio soluto.

Tertiò pro hoc facit, *ff. de vsufru. lega. l. vxori.* 4. vbi in vsufructu omnium bonorum, veniunt fructus calendarij, & pariter vsuræ pecuniarum debitarum, non tamen ipsa pecunia. Ergo maritus non potest hos redditus liberè, & sine restituendi obligatione suos facere, quia non fructus pecuniæ, quæ salua esse possit, sed ipsa pecunia, & vt dicitur capitale est id, quod exigitur annis singulis, & ita in *dict. l. vxori.* mulier fructuaria debitorum vsuras suas facit. capitale verò, id est ipsa debita proprietari debet 4 reseruare.

De intelle. l. diuortio. § si quis. sol. matri. Quartò facit tex. notab. *in dict. §. si vir.* qui decidit casum nostrum. finge ibi esse lapidicinam, quæ non renascatur, possit tamen viginti annis durare: certè maritus non facit suos lapides: quia licet lapidicina duret, tamen id quod isto anno extrahitur numquam renascitur, ita in specie nostra, isti annoi census licet forsan duraturi sint 50. vel 60. annis, tamen id, quod isto anno redditur, perpetuò consumitur, nec renascitur, & 50. vel 60. exactionibus tota substantia circumscribitur, ad quod facit id, quod ibi *Bart.* de protocollis notat, quod bene explicat *Ias.*

5 Solutio quæstionis. Pro resolutione istius quæstionis præmittendum est, primò, quod nos quærimus de annuis redditibus temporalibus ad vitam, si enim essent perpetui, res nullam haberet dubitationem, cùm sint veri fructus, saluaque sit substantia rei, etiamsi essent tales qui redimi possint, iuxta *extrauag. Martini & Calixti.* vt *C. de sacrosanct. Eccles. l. iubemus. & de verb. signif. cap. exiui. in §. cumque annui redditus. in Clementinis.*

Secundò, quod nos quærimus de ipsis ducentis annuis, non de vtilitate quam ipsi ducenti reddere possint, nam quòd ipsis vti possit, nulla est difficultas, dum tamen eos fructus restituat postea, sicut si pecunia certa data esset in dotem, & hoc est expressum *ff. de iur. dot. l. si ex lapidicinis.* vbi etiamsi lapidicinæ vtilitas non pertineat ad maritum, tamen potest vti, & frui pecunia, quæ ex lapidibus redigatur, facit tex. *ff. de vsufruct. earum rerum quæ vsu consumuntur in l. 3. & C. de vsufruct. in l. 1. & dict. l. vxori. 4. ff. de vsufruct. legat.*

Tertiò, quod nos non quærimus, quando æstimati in dotem dantur prædicti annui census, nam si dati essent æstimati, non posset cadere quæstio, vt *l. cum dotem. & l. quoties. C. de iure dot. & l. æstimatis. solut. matrimo.*

Hoc præmisso, ego credo maritum, soluto matrimonio, debere restituere, quod ex dicto annuo censu exigit in proposita specie, scilicet quando non specialiter in dotem datus est iste census, sed omnia vxoris bona, in quibus est hic census: secus verò si specialiter datus esset, tunc enim crederem restituere non debere, pro hoc est text. notabil. in *l. si fundus in dotem, ff. solut. matrimon.* vbi si fundus in quo iam erat lapidicina, quæ non renascitur, in dotem specialiter detur, mariti sint lapides, qui extrahantur ex ea, secus si non detur specialiter, sed iure suo vsus fructus velit maritus lapides extrahere. Pro hoc quod dictum est de vsufructu in dotem dato supra in secundo argumento pro prima parte, quod procedit si specialiter vsusfructus in dotem datus fuerit: secus autem esset, si mulier omnia bona sua in dotem dedisset, quæ haberet in fundo vsumfructum: nam credo ijs fructibus non frui maritum liberè, sed cum obligatione restituendi pretium, tanquam si pecuniam in dotem recepisset: quod est notandum, non enim à doctoribus nostris ita explicatur. 6

Nec obstat quod in *dict. l. diuortio. in § si vir.* ad maritum non pertineant lapidicinæ prædij in dotem specialiter dati, nisi renascantur, verum notandum est, quòd ibi lapidicinæ illæ fuerunt postea repertæ, quàm fundus fuit datus in dotem, quia vt text. dicit, eo tempore, quo datus est in dotem, lapidicinis non erat fundus destinatus, ideò magis ex iure in genere concesso, quàm speciali vtendi lapidicinis, quæ tunc erant incognitæ, casus ille est decidendus, & ita debent hæ duæ leges, quæ contrariæ videntur, concordari.

∵ Non obstat primum argumentum, quòd hi sint fructus, quia verum est, sed non tales, qui renascantur, sed qui consumunt substantiam, qui non pertinent ad maritum nisi specialiter concedantur.

Ad secundum, quod vsufructu vxoris fruitur maritus sine obligatione restituendi, verum est, vbi specialiter in dotem est datus, vt dictum est. vana enim quodammodo videretur talis constitutio, vt vsumfructus futurorum fructuum sibi concederetur, non autem ipsi fructus. Sed quæstio nostra est, quando non specialiter hæc res, seu annui redditus in dotem dantur, si enim specialiter darentur, ad maritũ, etiam non salua substantia pertinerent, nisi per æstimationem sibi vxor consuluisset. 7

Ad tertium quod fructus ciuiles pertineant ad maritum, sicut naturales, verum est, si sint tales, qui salua substantia rei colliguntur, vt sunt pensiones prædiorum vrbanorum, vel rusticorum.

Ad quartum, quòd hi fructus singulis annis renascantur, falsum est, cùm vel alia obligatio sit, si descendat ex vltima voluntate, vel si ex contra ctu

contractu, pars est obligationis id, quod exigitur, non autem fructus rei principalis, quæ non est alia quàm ipsi fructus: ideo ex actione extinguitur obligatio principalis, vel pars ipsius, quæ nunquam renascitur.

Ad quintum, de *l. fi. C. de vsufruct.* dico (licet egeret latiori examine) quòd dispositio illius legis non potest aptari ad materiam nostram: cùm ibi sit quoddam ius constitutum, ex quo in persona duorum consistit vsusfructus, nec morte vnius extinguitur, sed vtriusque spectatur: quod in materia nostra dotis, incidere non potest: imò iurisconsulti laborauerunt in constituendo, quo pacto vsusfructus in dotem dari possit, vt eleganter & latè per omnes casus prosequitur *Tryphoninus in l. cum in fundo. ff. de iur. dot.*

8 *Distinctio inter res quæ vsu consumuntur neque recipiunt functionem, & illas quæ recipiunt.*

Ad sextum, quod maritus possit vti rebus, quæ atteruntur, vel tempore pereunt, vestibus scilicet, seruis, & animalibus quæ finiuntur morte, dico quod non ex hoc sequitur pertinere ad eum hanc pecuniam, quia serui, & res ipsæ naturaliter pereunt, etiamsi eis non vteremur, ideò non solus fructus, vel vsus earum consumit rem, imò tempus solũ, & natura ipsa, quod secus est in specie nostra, in qua licet tempus consumat census prædictos, seu annuos redditus, cùm morte finiantur: non tamen consumit tempus fructus illos qui colliguntur annis singulis, nam seruari possunt mulieri, vel eidem eodem genere restitui, cùm functionem recipiant, quinimo & ipsi fructus annui census ad vitam substantia ipsa obligationis, & pars sunt, ideò in effectu non aliud est census iste, quàm illa pecunia, cùm solutione illa obligatio extinguatur, vel pro parte, quando est vna, vel in totum, quando sunt plures obligationes, nõ autem sunt fructus, cùm à proprietate secerni non possint, non magis quàm si mille nummos soluendos in centum annis deberes, singulis annis decem, illi enim decem non fructus mille, sed substantia ipsa, & pars mille sunt: facit text. in *l. fanc imus in fi. C. de donationibus.*

Denique in specie proposita, more Vlpiani iurisconsulti in *l. 2. §. fina. ff. de donationib. & in l. seruus quoque in §. puto, ff. de hered. institu. Marcelli in l. triticum, ff. de verb. obligatio. & Celsi in l. vxori. t. ff. de aur. & argent. legat. & in l. vtrum. ff. de do. inter vir. & vxor. Pompo. in l. Seruius ait. ff. de verbo. significa. & Papin. in l. Meuius in principio, ff. de leg. 2. Martia. in l. Mora. ff. de vsuris. Scæuolæ in l. Seiæ. in §. fi. ff. de fund. instru. & eiusdem Scæuolæ in l. Meuia. in §. vxore, ff. de annu. lega. Vlpia. in l. idem erit, ff. de statu hominu. & in l. cum qui Kalendas, ff. de verb. oblig.* respondendum est, facti magis seu voluntatis, quã iuris quæstionẽ esse, vt primũ quid actũ sit videamus, quod si ex verbis volũtas manifestè nõ colligatur, secundũ prædictã distinctionẽ voluntatẽ eliciendã esse. Ex his reprobabis opin. *Abb. in c. fin. de conc. ff. præben. nu. 8.* quæ vult quòd maritus qui habuit villam dotẽ quæ habet ius patronatus non præsentet, quod falsum est, quia est dominus. *l. doce. de rei vend.* Ideò potest vti vsufructu rei, cùm non consummaturius.

CAP. XI.

Vtrum apocha de recepto procuratoris præiudicet domino.

SVMMARIVM.

1. *Confessio de recepto facta à procuratore, domino non præiudicat secundum doctores.*
2. *De intellect. l. 1. in §. si mutuam. ff. si quid in fraud. patr. & infra num. 6.*
3. *Opinio contra communem est verior.*
4. *De intellect. l. Lucius. §. tutelæ. ff. de administratio. tutorum.*
5. *Confessio administratoris necessaria nocet domino.*
6. *Iterum de intellect. l. 1. § si mutuam.*
7. *De intellect. l. tam mandatori. C. de non numerat. pecu.*
8. *Testi per partes approbato plena fides adhibetur, maximè in facto proprio.*
9. *Non est leuis approbatio committere pecuniam recipiendã.*
10. *Quando præcessit causa præordinata, confessio nocet, etiamsi fiat à persona suspecta.*
11. *Nihil interest vt credatur procuratori, si sit facta apocha ad obligandum, vel liberandum.*

Celebris est inter doctores nostros controuersia, vtrum apocha de recepto facta à procuratore habente mandatum ad exigendũ, vel pecuniam recipiendam, habeatur pro veritate ita, vt domino faciat præiudicium. In qua Barto. est approbata sententia, quòd non præiudicet domino dicta procuratoris de pecunia recepta confessio, quinimo *Bartol.* etiam addit, vt id verum sit, etiamsi dominus, in mandato dixerit se facultatem dare procuratori exigendi, & pecuniam debitam recipiendi, & receptã confitendi: non enim intelligendus est dominus de ficta confessione mandare, quæ sine numeratione fiat, vt argumen. text. *in l. si procurator, ff. de condict. indebi. & in l. si creditor in §. Lucius. ff. manda.* ita Bart. *in l. 2. in §. in mutui autẽ. in col. 2. in nu. 6. ff. si cert. pet.* vbi doct. qui communiter sequuntur priorem partem sententiæ Bart. reprobata secunda, secundum *Ias. in §. creditum. num. 20.* qui vsque ad finem disputat istam quæstionem, de qua in varijs locis doctores tractãt, quos omnes refert *Tiraquell. in tract. de vtroque retract. in 2. parte, in §. 4. in glos. 6 num. 12. Parisi. consi. 41. nu. 51. & consi. 45. nu. 22. & consi. 47. nu. 90. volu. 1.* sed si prior opinio *Bart.* vera est, etiam vera est secunda, cùm eandem respiciant dicta verba interpretationem, sed in vtraque non est leuis difficultas, nec desunt doctores magnæ auctoritatis, qui contrariam opinionem sequantur, quos *Tiraquel.* etiam refert, ideò hanc quæstionem breuiter examinemus, & videamus quid de hac re iurisconsulti senserunt.

1 *Opinio cõmunis.*

Opi. Bart. aut est vera in tot. aut in totũ falsa.

Et in primis *Bar.* pro sua opinio. arbitratur esse tex. expressum in *l. 1. in §. si mutuam. ff. si quid in fraud. patron.* vbi probatur, quòd licet libertus mutuum accipiendo, & profundendo, patrono in legitima ei debita præiudicet, verum tamen est, si id re ipsa accipiat, confes-

2 *Intellect. l. 1. § si mutuã ff. si quid in fraud. patron.*

confessione verò sola mutui recepti ei præiudicate non potest, ita & procurator ipse, etiamsi liberam administrationem habuerit, confitendo, non præiudicabit domino, quia plus iuris & potestatis in demandato sibi negotio habere non potest, quam libertus habet in proprijs bonis, vt in *dict. l. 1. iunct. l. creditor. in §. Lucius. ff. manda. & in l. contra iuris ciuilis regulas. in §. si filius. ff. de pact. & in l. procurator, cui generaliter, ff. de procur. & in l. filius familias. cum alijs legibus ibi allegatis in glo. ff. de donatio.* sicut ergo ille patrono non præiudicat confitendo, ita nec hic domino.

Inducitur etiam pro ista opinione text. in *l. si debitorem meum, ff. de noua.* Si debitorem meum (inquit *Pomponius*) iussero tibi soluere, non statim tu etiam stipulãdo id nouare possis, quamuis debitor soluẽdo tibi liberetur.] Ecce quod ille, qui exigere potest pecuniam re ipsa, non potest nouare, vel liberare debitorem, ergo & procurator, qui exigere potest, fatendo se exegisse, non liberat debitorem, & pro ista opinione optimè facit, quia mutuum quod non numeratione, sed confessione contrahitur, mutuum ciuile est, non naturale: vt nota. in *l. si non singulis. C. si cert. pet. & per totum titu. de non numera. pecunia.* ideò facultas procuratori concessa ad pecunias recipiendas, naturaliter, non ciuiliter accipi debet, ex vulga. tex. in *l. fi. C. de ijs, qui veni. ætat. impetra. & in l. fideicommissum. ff. de condit. & demonst.* & facit tex. *in §. sed nostra. de successio. libert.* iunct. text. *in princi. illius tituli, & in princ.* ibi: sed adoptaui.] *instit. de excusation. tutor.* fac. glos. in *l. assiduis. in verb. data. C. qui potior. in pignor. habeant.* fac. tex. in *l. 1. C. de dot. caut.* cum his, quæ lat. *Ias. in §. fuerat. col. 14. cum sequentib. insti. de actio.* Hæc sunt quæ pro hac parte magis vrgere videntur. Nam alia, quæ à doctoribus afferuntur, leuia sunt, nec aliquod habent momentum, ideò ad argu. quæ faciunt pro alia parte, quæ verior est, accedamus, quam multi doctores non contemnendæ auctoritatis

De mutuo ciuili.

3 probant, *Bal.* scilicet, *Imol. Paul. & Salic.* & subtilis *Raphael Cuma. quos refert Tiraquel. in loco superius allegato,* & alij multi.

De intelle. l Lucius in § tutela. ff. de administra. tuto.

Et pro ista opinione quod apocha procuratoris de recepta pecunia domino præiudicet, est tex. in *l. Lucius. in §. tutela, ff. de administratio. tuto.* vbi ita inquit *Paulus.* Tutelæ iudicio tutor conuentus edidit librum rationum, & secun-

4 dùm eum condemnatus soluit, postea cum à debitoribus paternis, quorum nomina libro rationum non inerant, exigere vellet pupillus, prolatæ sunt ab his apochæ tutoris: quæsitum est, vtrum aduersus tutorem, an aduersus debitores actio ei competat. Paulus respondi, si tempore administrandæ tutelæ tutori tutelam gerenti, debitores soluissent, liberatos eos ipso iure à pupillo. Ecce quod apocha tutoris pupillo præiudicat, eadem ergo ratione apocha procuratoris domino faciet præiudicium, cùm non magis tutor donare, quàm procurator possit, vt in *l. præses. C. de transactio. & in l. pactum curator. C. de pactis, & in dict. l. Lucius in §. fi. in fin.* vbi tex. inquit: Tutoribus concessum est à debitoribus pupilli pecuniam exigere, vt ipso iure liberentur, non etiã donare, vel etiam diminuẽdi causa, cum ijs transigere, & ideo, eum qui minus tutori soluit, à pupillo in reliquum conueniri posse.] præiudicat tamẽ apocha illa pupillo, quia creditur verũ id esse, quod in apocha continetur, ideò omnibus præiudicat, quibus etiã aliter probata vera numeratione præiudicaret.

Et ita falsum est, quod aliqui ex recentioribus censent, non esse eiusdem authoritatis apocham procuratoris, & tutoris, quod hic mandatum generale eum libera habere videatur.

1. Intellect. ad dict. § tutela. qui reprobatur.

Minus etiam placet quod alij volunt, vt *Ias. in d. l. 2. ff. si certum peta.* quod in *dict. §. tutelæ* apocha minori præiudicium facit. quod de numeratione pecuniæ, vltra apocham constabat, vt innuit tex. ibi, Si tempore administrandæ tutelæ tutori tutelam gerenti debitores soluissent.] Quia non hoc voluit tex. cùm superuacuum esset totius text. quæsitum, si ita interpretaremur, nec enim ille text. requirit aliud, quã apocham, vt solutio probetur, vult tamen quod eo tempore facta sit solutio, quæ per apocham probatur, quo tutelam gerebat tutor, nõ enim si finita tutela apochã solutionis tunc factæ dedisset, actionẽ pupillo cõsumeret, & hoc voluit tex. & ita solutio non secernitur ibi ab apocha, alioqui vana esset apocha, & quæstio iurisconsulti, si vltra apochã aliter esset probãda solutio.

2. intellect. qui reprobatur.

Minus placet quod ibidem ideo apochæ tutoris credatur, quia liberationem continet, secus si esset concepta ad obligandum, quia & hæc solutio falsa est, & hæc distinctio non est vera, vt infra dicemus, nam etiam ad obligandum dominum apocha institoris sufficit, vt in *l. fin. ff. de institor. actio.* ex quo text. hæc posterior nostra probatur opinio: alioqnin commercium inter mercatores tolleretur, si apochis institorum fides denegaretur, cùm de iure etiã delinquendo dominos obligent, vt in *l. sed & si pupilli in §. præscriptum, ff. de institor. in fi.* facit quod habetur *Lucæ 16.* in parabola de villico iniquitatis.

3. Intellect. qui reprobatur.

Item pro ista parte est tex. in *l. 2. in §. fin. C. de quadrien. præscriptio.* vbi apocha à fisci procuratore facta, fisco præiudicat. quare ergo non idem erit in procuratore priuati, circa eas res, vel pecunias quas recipere potest? nam & sicut fisci procurator non potest fidem habere de pretio, vt in *l. & si instrumenta,* & ibi not. *C. de iure fiscl. lib. 10. & in l. si procurator, ff. de iure fisci.* ita nec priuati procurator potest secundùm veriorem sententiam, tempus solutionis prorogare, vt per *Io. Imol. & Paul. in l. fin. in §. si quis professus, ff. de public. & vectig. Alex. in l. qui Romæ, §. Callimachus, ff. de verb. oblig.*

Præterea licet verum sit, quòd confessio procuratoris, vel cuiuslibet administratoris voluntaria domino non præiudicet, vt in *l. cer-*

De confessione voluntaria & necessaria.

tum.

5 *tum. in §. sed an ipso. ff. de confess.* tamen confessio necessaria præiudicat domino, vt not. *Bart. in l. vnic. C. de confess. 3. colu. nu. 14. ad* quod facit text. *in l. 2. in §. quod obseruari. C. de iura. columni.* notat. *Abb.* per tex. ibi *in cap. suborta. 1. notabi. extra de re iudica. & cap. pen. col. pen. eod. tit. & in c. dilectus. nu. 4. de capell. mona.* qui loquitur de confessione rectoris, *Alex. in l. à diuo Pio. in §. sed si emptor. ff. de re iudi. Felin. in c. 1. col. pe. extra. vt lit. non contest. & Ias. in l. error. C. de iuris. & facti ignor. Decius. conf.* 176. & 474. & vid. quæ ponit *Abb. Panormi. in c. cum olim in nu. 12. & 13. extra. de censibus. in fi. col.* sed vbicunque procurator pecuniam recipit, tenetur apocham dare, vt notat *in l. dissolutæ. C. de condict. ex l.* & notat *Bal. in. lib. sicut datam. C. de liber. caus.* facit text. in *l. fi. C. de solution.* ergo huiusmodi apochæ confessio, cùm ex necessitate fiat; domino poterit præiudicare, & quia ex solutione contrariorum, veritas huius rei clarius ostēderur, ad earum responsiones transeamus, quæ breuissimè dissoluentur.

De confessione voluntaria, & necessaria.

6 In primis igitur non obstat tex. in l. 1. *in §. si mutuam. ff. si quid in fraudem patroni.* vbi confessio in fraudem patroni de recepto facta, ei non parat præiudicium, quia hoc verissimum est, neque nostram euertit opinionem, nam si constet de fraude, & quod pecunia non fuerit recepta, apocha procuratoris non nocebit domino, sicut nec patrono nocet, si tamen de fraude aliàs nō constet, apocha vera presumitur, nec eam procurator ipse qui fecit, nec dominus negare poterit, nisi id legitimè ostendat argu. tex. in *l. cōtra qui propriam, C. de non numerat. pecunia.* Poterit tamē si in terminis fuerit tituli de nō numerat. pe-
7 cunia, exceptione illius tituli vti, & hoc est expressū in *l. tam mandatori. §. de non num. pecu.* qui tex. apertè probat nostram sententiam, quod apocha procuratoris faciat plenam fidem contra dominum: dicit enim tex. Tam mandatori, quam fideiussori, non numeratæ pecuniæ exceptio, exemplo rei principalis competit. Si itaque mandatori exceptio non numeratę pecunię competit, ergo contra eum apocha à mādatario facta probat, alioquin inanis, & superflua esset non numeratæ pecuniæ exceptio, si procuratoris confessio de recepta pecunia dominio nullum faceret pręiudicium, vt in *l. si quidem C. de exceptionib.* vbi de reo loquens tex. inquit. Si quidē intentionem actoris probatione deficere cōfidis, nulla tibi de hac cōtirēdo, exceptione te munitum asseueras, de hac tantum agi conuenit. Et hæc opinio quæ ex dict. *l. tam mandator, & aliis legibus supra allegatis* expreslè probatur, rationibus etiam vera esse ostenditur.

De intelle. l. tam mandatori. C. de non numer. pecu.

8 Nam si testi per partem approbato fides plena adhibetur, etiamsi vnicus sit, vt *Bart.* notat in *l. Lucius in fi. ff. de fideiussori. post Speculato. in tit. de testib. in §. restat versi. 24 casu. Guid. Pap. quæst.* 508. *& doctores in l. 1. in §. fi. ff. de verbo. oblig.* & alij doctores quos refert. *Anto. Gabriel. de commun. cōclus. lib. 1. tit. de testib. conclu. 1. limi. 5. num. 14. & 15.* fac. quæ dicit *Roma. in consil. 104. in fi.* qua re isti ad hanc rem constituto non debebit dominus credere, maximè cum de facto proprio testificetur, in qua specie sunt multi doctores, tenentes vni soli esse credendum, arg. tex. in *l. ignaro in fi. ff. de aedilit. edict. & in l. si quis decurio C. ad l. Corneli. de* falsi. latissime *Tiraquel. in tracta. de vtroque. retract. in 1. par. in §. 1 in gloss. 14. num. 47. cum sequentib. & Anton. Gabr. vbi supra. num. 18.* quod apud nostros est satis controuersum, vt latè per eum ibidem num. 20.

Sed in specie nostra quando eius fides est à partibus approbata, nulla est controuersia.

Ad quod etiam facit ratio, nam & nūcio creditur de commisso sibi officio executo deponenti, vt per *Bar. in extrauag. ad reprimendum in verbo per nuncium. docto. in c. cum parati. de appella.* cum his quæ latissimè *Tiraq. in d. tracta. in §. 8. in glos. 9.* sed hic procurator in negotio sibi cōmisso & nuncius etiam est, quare ergo eius apochæ, de recepta pecunia, ad quam recipiendam est constitutus, non crederetur, cū fraus, & dolus nūquam præsumatur?

Maximè quia non leuis est illius personæ approbatio, cum pecuniæ receptio cōmittitur, cùm in vulgari mandato hoc non veniat, sed expressa facultas requiratur, nec sufficit dare facultatem contrahendi, nisi & recipiendi etiam detur vt probatur in *l. 1. in §. igitur. ff. de exercito. actio:* facit text. in *l. fin. autem. ff. de nego. gest.* sic etiam non sufficit mandatum ad agendum, vt à condemnaro reo pecuniam recipere possit, nisi id specialiter committatur. Nam hoc iure vtimur (inquit *Paulus*) vt litis procuratori non rectè soluatur] in *l. hoc iure. ff. de solutionibus, & in eodem tit. Vlpianus.* Vero procuratori rectè soluitur, verum autem accipere debemus, eum cui mandatum est, vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.] facit tex. *in l. sed si tantum. ff. de pact. tex. & Bart. in l. 3. ff. solu. matrimonio.* cùm igitur hæc persona sit valde à domino approbata, eius apochæ stare tenebitur, nec distinguo qualis sit procurator, maior, vel minor, stultus, vel sapiens: imputet enim sibi, qui talibus sua negocia committit, vt in *l. cum mandato. ff. de minorib.* Ergo etsi procuratorio nomine (inquit *ibi Paulus*) minor circumscriptus sit: imputari debet hoc domino, qui tali cōmitit sua negocia. & ibi glo. allegat. optimas ad hoc leges, & *Plato in 8. de legib. in fin.* inquit quod si commiserit siue receperit, siue non: quiescat oportet. 9

Dare potestatem recipiendæ pecuniæ est maxima approbatio personæ.

Probatur, etiam hæc sententia, quia in personis suspectis, qui in præiudicium aliorū confiteri non possunt, si præcedat causa ad id præordinata, cōfessio habetur pro veritate, nam si præcessetit promissio dotis, & maritus constante matrimonio se recepisse fateatur, confessio hæc habetur pro veritate, vt est apud nostros vulgare, in *l. 1. ff. solut. matrimo. cum multis quos refert Anto. Gabriel. de communi conclusi. lib. 3. tit. de iure doti. conclusi.* 4. ergo & confessio procuratoris de pecunia recepta, cùm præcesserit mandatum de recipienda: maximè, quia doctores loquuntur 10

Confessio quando noceat tertio.

enam in tertij præindicium,at dominus respectu procuratoris tertius dici non potest, imò in ea re eadem cum procuratore persona.

De prælati confessione.

Eadem & de prelato,& quolibet administratore dicenda sunt per *dictum* §.*tutelæ* maximè si præter mandarum sibi à lege concessum, etiam causa aliqua præcederet ad eam rem præordinata per supradicta,& facit tex.*in cap.fi. extra.*de confessis.

Verùm est quod in aliquibus speciebus non sufficit procuratorem,vel administratorem accepisse, sed requiritur præterea fuisse in rem domini versum.vt in *authen.hoc ius porrectum.in .fi. C. de sacrosanc.Ecclesiis.& in l.1. C. si aduersus credi. lat.*per doctores in *l.ciuitas ff.si cert.peta.& in cap.1. extra.de depos.*latè.*Rip.in l.si is qui nu.14.ff. de pignoribus.*

Sed hoc opinioni nostræ non refragatur, quia loquimur,vt in ea specie apocha domino præiudicet,in qua sola procuratoris, vel administratoris receptio noceret,vel ratione mandati præcedentis,vel ex concessa à lege potestate, vbi enim vera receptio non noceret, non est quod de confessione quæratur,cùm nunquam possit magis præsumptio,quam veritas, *vt l.filio*
11 *quem pater ff.de liber.& posthu.*

Nihil interest agatur de liberatione vel obligatione in confessione procuratoris.

Irē nec distinguo fuerit apocha facta ad liberandum debitorem, vel ad dominum obligandum,quia in vtraque specie, si de fraude constaret,nihil faceret confitendo procuratorem,vt *dict. l.si debitorem meum ff.de noua.*cum & in gratuita liberatione insit donatio, vt in *l.si quis delegauerit ff.eod.tit.& in l.contra iuris ciuilis regulas. in §.si* vbi hoc est expressum.*ff. de pact. & in l. 1 in §.fina cum l.sequent.ff.de calumniatoribus.*si verò de fraude non constat,in vtraque specie apocha vera esse creditur.Plura possent ad istam nostram sententiam adduci,sed hęc res videtur sine difficultate, & ex supradictis est adeò comprobata,vt superfluum sit hac in re immorari amplius.

CAP. XII.

Vtrum minori iurisperito denegetur in integrum restitutionis beneficium.

Svmmarivm.

1 *An minor iurisperitus restituatur.*
2 *Ratio concedendæ restitutionis est fragilitas consilij in minore.*
3 *Malitia supplet ætatem,& quando infra, nume.6.*
4 *Doctus & peritus quandoque sit peioris conditionis, quam imperitus & stultus.*
5 *Quando inducta in fauorem possint damnum afferre.*
6 *Verior opinio,quod minori iurisperito non denegetur beneficium restitutionis in integrum.*
7 *Non est verisimile hominem sagacem circumuentum.*
8 *Cessante legis causa ,non cessat lex ipsa, latissime.*
9 *Dolus præponderat culpæ, in restitutione in integrum.*
10 *Aduersus culpam in omittendo minor restituitur.*
11 *Mercator minor restituitur ,si læditur in æstimatione mercium.*

VTrum minori iurisperito concedenda sit 1
restitutio in integrum,quęstionis est.Nam cùm se læsum facilitate sua iurisperitus allegat, quasi turpitudinem suam fateri videtur, iuris enim prudentem in ignorantia labi turpe est, & ita *glos.ordinaria in l.professio.C.de muneri.patrim.lib.10.* hac ratione probat minorem iurisperitum non esse restituendum, quod ibidem sequitur *Io. de Plat.& Angel.in l.sed & reprobari.* post *Nicolaum de Neapol.ff.de excusatio. tuto.& idem Nicolaus. in l.fi.ff. eodem titul. Sali. in l. 1. C.qui & aduers. quos Ias.in l. quanquam,colu. 2. C.de testam.milit.& in l.eam quam an.15.C.de fideicommiss.*

2 Facilitas est causa restitutionis in integrum.

Hæc sentētia ex eo maximè probari videtur, quod ratio restitutionis concedendæ facilitas, & ignorantia rerum est, quæ minorem ętatem plerumque solet comitari, vt in *l. 1. ff. de minoribus & in l.minoribus 1.& 2.C.de in integ. restitutio.* & est text in *l. cum de indebito §.fin autem is. ff. de probatio.*Hæc autem ratio in minore iurisperito cessare videtur. Nam & professio sua ab omni ignorantiæ excusatione eum excludit,vt in *dict. leg.professio tua.*Cùm enim iuris prudentia sit diuinarum,atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia] vt inquit *Vlpianus in l. Iustitia in §. iurisprudentia ff. de Iustitia & iur.* qua

De officio iurisconsul.

fronte,qui omnium rerum notitiam profitetur, rei à se gestæ imperitiam poterit allegare: non enim solum de iure respondebunt iurisperiti, verùm de alia collocanda,de fundo emendo,de agro colendo, de omni denique aut negotio, aut officio,consulebantur.vt inquit *Cicero, de Oratore libro tertio.*& notat *Budæus in l. 2. circa finem ff de origin iuris*,ridiculum autem esset, qui de agro emendo ab alijs consulitur,in emptione agri sui se captum esse prætendere, vt qui sibi ipsi non sapiunt,alteri monstrent viam, vt est in prouerbio,quod in libro de diuinatione,& alibi sæpe vsurpat *idem Cicero.*

His consonant quæ refert ex Quinto Mutio *Pomponius in l.2.in §.post hos Quintus Mutius.ff. de origine iur.* Turpe esse patritio,& nobili, & causas oranti,ius,in quo versatur, ignorare] facit text. *in l.si quis ex argentarijs in §.pretor. ait.ff. de eden.* ibi. Quod etiam ipse instructus esse potest instrumento suæ professionis, & absurdum est cum ipse in ea sit causa vt edere debeat,ipsum petere vt edatur ei]fac.text.in *l.Regula in §.sed & iuris ff.de iuris & facti ignorantia* ibi: vel sua prudentia instructus sit]Ex quibus infertur minorem iuris doctorem,vel professorem,se circūscriptum allegantem,à restitutionis auxilio repellēdum; nam & vt latiùs in cap.sequēti docebimus, minor in petenda restitutione, allegans, vel detegens turpitudinem suam,non auditur: hic autem manifestissimè turpitudinem allegat suam,

nam vt

nam vt inquit *dicta l. Professio.* Professio, & desiderium suum inter se discrepant.

De malitia minoris: an faciat cum maiore.

3 Iuuatur opinio ista: nam in materia restitutionis in integrum, malitia ætatem supplere solet, vt inquit text. in *l. 3. C. si minor se maio.* dixerit, & industria etiam solet præuenire naturam. *c. tuæ. de desponsatione impuber.* hac etiam ratione ex plurimis Galliæ consuetudinibus inductum est vt nobiles maiores censeantur, cùm habuerint. 20. annos: quia rerum peritia, & negotiorum experientia ignobiles antecellunt, vt refert *Tirac. c. de nob. c. 20 nu. 41.* ergo qui peritiæ facit professionem, nunquã poterit restitutioné impetrare.

De stultis, & peritis.

Nec huic scientiæ oberit, si dicatur ex hoc sequi, peritum peioris conditionis esse, quàm imperitum, si iurisperito sit restitutio deneganda, hoc tamen iniquum videtur, cùm non soleat esse melioris conditionis stultus, quàm peritus, vt inquit *Venuleius in l. Seruius ff. quod vi aut clam.* & ita non minus mercedem poterit accipere aduocatus doctus, qui sine labore parrocinatur, quàm imperitus, qui maximè in repertorijs laborat, vt optimè referendo varias in hoc opiniones doctorum concludit *Tiraquel. in tractat. de nobilitate. c. 29. nu. 29. 30. & 31. Deci in c. cum in cunctis in princ. 2 con. nu. 15. de electio.* Nam huius argumenti facilis est solutio, cùm certum sit quod si detur culpa vel error, maior erit in homine docto, quàm in indocto, in sapiente, quàm in stulto: in dignitate posito, quàm priuato: nobili, quàm ignobili: non solum ratione exempli, vt in *c. magna*, vbi notat *Abb. nu. 7. extra de vot.*
4 & quæ not. *in c. de homine. num. 5. de celeb. missa.* verum simpliciter, vt in *l. Nemo. vbi glos.* notat. *C. de sum. Trinit. & fide Catholic. & in c. cum quidam. extra de iureiurand. & in c. non cogantur. 43. distin. & cap. qui contra parem. 24. q.* notatur *in cap. de præsulibus. 2. q. 4.* bonus text. in *l. presbyteri in fi. C. de Episcop. & cleric.* notat *Bar. in l. 1 nu. 83. de dignitatibus lib. 12. & in l. quidam ff. de pœnis. Feli. in c. pastoralis. de offic. de legat.* latè. *Tiraq. de nobil. c. 20. nu. 112. cum sequen.* de quo supra lib. primo diximus, quamuis enim vt inquit *Plato*, acuti sagacesq́; , & memoriosi, & dociles, vt plurimum in iracundiam impetusq́ue præcipites sunt, & difficile admodũ est reperire hominem ingeniosum simul, & præ cęteris mansuetum,] tamen vt est apud Cicero. prudentia medetur animis, cupiditatibus, & alijs ęgritudinibus liberat: quinimo Zeno omnibus animi morbis voluit carere sapientem, ideò magis quàm stultis sapiens ipse peccat, quia magis ingratus est, qui maiora beneficia recepit, & ita elegantissimè *Vlpianus in l. si quis in graui. in § de iis quoque ff. ad Senat. consul. Silania.* loquẽdo de seruis à domino occiso in testamento manumissis, qui ei non præstiterunt auxilium, inquit: Perinde ac de seruis quęstio habenda, suppliciumq́ue sumendum est: nã est æquissimum vltioni dominorum non obstare indulgentiam ipsorum, quam quo quisque pleniorem est expertus, eo grauioré sceleri suo pœnã merebitur.

Et ita maius peccati est quod spe venia com-

5 Nec est nouum, vt in consequentiam necessariam inducta in fauorem, soleant damnum afferre, vt in *l. cum ex oratione in § fi. ff. de excusa. tutor.* not. *Bal. in l. quod fauore. C. de legibus & Soci. in l. non vtique col. 2. ff. de exceptio & in l. si filius, qui patri. col. 2. ff. de vulga. & pupil. & Philip. Deci in l. vni in 2. coln. C. quando non pet. part. & in c. cum venerabilis 10. col. extra de exceptionibus.*

mittitur vt aliquis id peccatum in Spiritum Sanctum existiment vt refert Abb. in c. fi nu. 2. de immu. Ecclesia.

Hæc sunt quæ opinionem doctorum probate videntur: quod minori iurisperito sit neganda in integrum restitutio: sed licet hæc opinio vera videatur, tamen si pœnitus consideretur, falsa omnino est, & contra leges, & rationes efficaciores, quàm sunt illæ, quas pro alia opinione deduximus.

6 *Intellect. l. 1. de mino-rib.*

In primis pro ista parte quod minori perito non sit deneganda restitutio, facit tex. in *l. 1. ff. de minoribus. 25. an.* vbi *Vlpia.* loquendo de Prætore inquit: Apparet minoribus annis. 25. eum opem polliceri: nam post hoc tempus compleri virilẽ vigoré constat: & ideò hodie in hãc vsque ętaté adolescentes curatorum auxilio reguntur, neque, ante rei suæ administratio eis committi debebit, quamuis bene rem suam gerentibus. Ecce quod licet minor rem suam bene gerat, adhuc tamẽ iure minoris céseatur, & licet industrius prudens & sagax fuerit, remedio restitutionis vtetur, nam & vt ibidem probatur, eo tempore cessat restitutio in integrum, quo suarum rerum administratio committitur, & dum non committitur, non cessat, sed vt tutela, vel cura finiatur, nunquam malitia: vel prudentia supplet ætatem, vt *in l. fi. C. quand. tut. vel curat. esse desin. & in princip. institu. quib. mod. tutel. fi. not. Abb. in c. Raynald. in 6. notabil. extra de testam. & Paul. de Castr. in auth. sacramenta puberum col. 1. C. si aduers. venditio.* sic nec quoad professionem malitia supplet ætatem, vt in *Clem. fin. de reg. in gloss. Abb. cum vari. nu. 7. de reg.*

Malitia. n. in specie non in genere consider ari debet.

7 Nam quod minor sit prudens, sagax, & industrius, hoc efficit, vt non facilè credendum sit eum fuisse circumuentum: sed si circumuentus nihilominus probetur, hoc restitutioné nõ excludet, cùm in claris coniecturis locus nõ sit, vt in *l. continuus actus. in § si ita ff. de verb. obligatio.* & hoc in terminis nostris dicit tex. in *l. 14. qui aduers. quos.* vbi ita inquit Alexander Imperator. In cõsilio quidem cognoscentis de restitutione in integrum esse oportet, & num is, qui se minorem annis læsum esse dicit, diligens pater familias fuerit, actibusq́ue publicis industrium se docuerit, vt lapsum eum per ætatem verisimile non sit, verum si causa cognita circumuentus deprehendatur, propter hoc solum, velut præscriptione à solito auxilio remoueri non debet: scilicet, quod vrgentibus patriæ necessitatibus, decurio minor annis creatus sit.] Ecce quod fuisse decurionem, vel minorem industrium, non excludit à beneficio restitutionis in integrum, læsione probata, id enim vt maiorem probationem requiramus efficit, non vt legitimè probata læsione, restitutio in integrum denegetur: quod manifestè probat nostram contra doctores sententiam, ne iuri-

ſperito reſtitutio in integrum denegetur, quod manifeſtius apparebit, ex his quæ ad rationes pro contraria parte ſuperiùs adductas, breuiter reſpondebimus.

Defect. cauſæ quandoque efficiat legem deficere.

8 Non obſtat igitur quod cauſa reſtitutionis in integrum minoribus concedendæ ſit facilitas, & rerum inexperientia, quæ in minore induſtrio, & iuriſperito ceſſat. quia dico quod defectus cauſę finalis in caſu particulari non efficit, vt lex generalis deficiat: ſufficit enim quod ratio legis, ad id, quod communiter accidit, adaptetur, & hoc expreſſè probatur in *dict. l. 1. ff. de minoribus in fi.* optimus tex. in *l. 1. ff. de appellation.* vbi appellatio eſt inducta, vt ſententiæ malę latæ corrigantur, ideò præualet poſterior. Licet nõ nunquam (inquit tex.) bene latas ſententias in peius reformet: & tex. notabil. in § *ſed neque inſti de aucto. tutor.* fac. text in *l. 1. in §. ſexum. ff. de poſtuland.* hanc regulam optimè conſtituit *Faber. in §. ſi quis in aliena tabula inſtitu. de rerum diuiſione num. 4.* & hoc voluit *Innoc. in c. quia plerique, de immunita. Eccleſ. circa fi.* ibi Licet poſtea eueniat caſus, vbi ceſſat cauſa, iuſta tamen conſtitutio eſt ſeruanda, quæ generaliter fuit facta, non potuit enim, neque fuit etiam expediens omnes articulos ſigillatim comprehendere,] *ff. de legibus l. non poſſunt.* niſi talis ſit caſus, qui à iure excipiatur. Hęc ſunt verba Innocent. quæ ſunt vera, & nullam habent dubitationem, & dicta opinio probatur expreſſè in dictis legibus, licet *Anton Cardi. Abb. & alij in dict. cap. quia plerique,* in hac re ſatis diſſideãt, & *Tiraquel.* plura tradit, quæ ex his debent cenſuram recipere *in tract. ceſſant. cauſ. num. 125. cum infinit. ſequent. & num. 169.* refert dictam doctrinam Innocen

Diſpenſatio num fundamentum eſt defectus rationis le. in caſu particulari. De diſpenſatione. vid Turrecre. in c. tali. 1. q. 7.

Et hoc manifeſtè apparet, quia ſi vbicunque ratio legis deficit, lex deficeret, fruſtra requireretur diſpenſatio Principis, qui ex cauſa à iure communi poteſt aliquem eximere, vt in materia noſtra eſt expreſſum, *in titul. C. de iis, qui ven. ata. impetra.* vbi cum minore induſtrio & prudẽti diſpenſat princeps, vt pro maiori habeatur, & ita ſi deficit ratio legis, non deficit lex. ſed eſt, iuſta cauſa vt princeps diſpenſet, vt in l. niſi ex magna cauſa hoc à principe fuerit conſequutus] *ff. de minori. & in l. 1. in fi. in §. ſi cum lege ſequent. ff. de reb. eorum.* Tex notand. in *l. 1. §. fi. in fi. ff. de quæſtion.* ibi: Sed præſes prouinciæ eum, quem damnauit reſtituere non poteſt, cùm neque pecuniariam ſententiam ſuam reuocare poſſit, quid igitur? Principi eum ſcribere oportet, ſi quando ei eius, qui nocens videbatur, poſtea, ratio innocentiæ conſtitit.] Qui textus loquitur in difficiliori ſpecie, in qua diſpenſatio eſt debita & negari non poteſt, quæ diſpenſatio ſuperflua eſſet, ſi ceſſante legis ratione, ſtatim quis eſſet, lege ſolutus, vt in *l. 1. C. de Theſaur. lib. 10. & l. ſi quando. C. de inoffícioſ. teſtament.* facit quod notat *Abb. in c. magna 2. col. in nu. 14. ext. de voto.*

Hæretici omnia confundere ſatagunt.

Item eſſet magna confuſio ſi ſine principis diſpenſatione hoc fieret, dum quilibet ſe lege comprehendi negaret, quod ab hæreticorum non differt ſententijs, qui omnia volunt eſſe confuſa, & quod omnes eſſent capita, & pedes, ipſa repugnante natura, & opus eſſet, vt eſſent tot leges quot homines, & comprehenderent omnes caſus, quod fieri non poteſt. Quia nullius hominis ſapientia tanta eſt, vt poſſit omnes ſingulares caſus excogitare, etſi poſſet legiſlator omnes caſus conſiderare, non oporteret, vt omnes exprimeret, propter confuſionem vitãdam, ſed legem ferre deberet ſecundum ea, quæ in pluribus accidunt. ita inquit *S. Tho. 1. 2. q. 96 art. 6. in fi.* qui eſt videndus in toto illo art. quod eſt de mente. *Innoc. vbi ſup.* nec enim intentio legis in qualibet ſpeciali cauſa attendi debet, quia non obligat legis intentio, ſed lex, vt lat. diximus in libello de Reddit. Eccleſ. par. 4. c. 2. nu. 7. & 8. alioquin nihil certum in iure eſſe, vel firmum, ſi diceremus leges, quæ de minoribus loquuntur, in hoc, vel in illo quod induſtrij ſint, ceſſare: hoc enim cùm latitudinem habeat, non poſſet eſſe omnino certum. Ideò melius fuit ponere certam metam, & indubitatam, ſcilicet. 25. annorum.

Ita etiam in præſcriptionibus, quæ ex negligentia dominorum inducuntur, fuit optimum tempus negligentiæ præfinire; alioquin omnia arbitraria conſtituerentur. Et ideò teſtamẽtum, cui deficit vnus ex ſeptem teſtibus, non valet, vt in *l. ſi vnus. C. de teſtament.* licet poſſent eſſe ſex, vel quatuor maioris auctoritatis, & melioris quàm ſeptem, ſed opus fuit conſtituere regulã, quæ frequentiora reſpiciat, nõ in conſueta, & hæc eſt vera regula, quod lex non ceſſet etiamſi eius ratio ceſſet, donec à principe commutetur: ſi ceſſet generaliter, lege generaliter facta, ſi vero in ſpeciali caſu ratio legis deficiat, tunc per diſpenſationem, principis ſuccurratur, vt ſupra diximus, & optimè declar. *Dominic. de Soto. de Iuſti. & iur. lib. 1. q. 6. artic. 8. per totum,* & ita optimè dicunt doctores, quos refert *Tiraq. vbi ſupra. numero 160.* qui probant iſtam ſententiam.

Ex his clarè deducitur minorem iuriſperitũ reſtitutionem in integrum petere poſſe, etiamſi in eo ratio legis deficeret, quæ vt infrà oſtendemus non deficit, nec ei oberit ſi dicatur turpitudinem allegare, quando ſe læſum petit reſtitui, quia in primis dico, quod ſi dolo aduerſarij ſit circumuentus, dolus aduerſarij excludit hanc culpam, cùm dolus præponderet culpæ, vt in *l. item ſi obſtetrix. ff. ad l. Aquil. cap. ſi vero.* ibi, dummodo] *ext. de ſenten. excommunic. & l. qui foueas. in §. hec tamen actio. ff. ad l. Aquil.* & latiùs diximus ſupra in eo capite, in quo de metu tractauimus.

De minore iuriſperito.

Secundo dico, quod etiamſi non dolo aduerſarij, ſed ſua facilitate ſit circumſcriptus, culpa ſua eſt in omittendo, quæ nunquam reſtitutionem in integrum excludit, nam etiam aduerſus delictum in omittendo, minor reſtituitur, vt in *l. 2. C. ſi aduerſ. delict. & in l. minor etiamſi quaſi contumax. ff. de minorib.*

Rurſus

10 Rursus quæ culpa potest iurisperito imputari, si in emptione domus, vel fundi fuerit læsus cum ea quæ facti sunt, prudentissimos quosque sæpisime fallant? vt *l. 2. ff. de iur. & facti igno. & in cap. 1. de constitutionib. lib. 6. & in l. error. C. de iur. & facti ignorantia.* Nam licet olim de agro emendo, & filia collocanda cõsulerentur iurisperiti, qua si omnium rerum haberentur sapientes, quia iuris ciuilis disciplinam ex media philosophia hauriebant, hodie verò, vt experientia docet, maior pars iurisperitorum non bene de his rebus consuleretur, nisi ad pacta, & conuentiones cautè firmandas consulatur. Denique opinio *glo. in d. l. professio. & aliorum*, qui eam sequuntur, falsa est, quę opinio, & eius rationes maiorem vim haberét, si quæreretur, an minor iuris peritus aduersus omissam allegationem, iuxta text. in *l. minor. 25. annis omissam. ff. de minori.* vel veterinarius in emptione equi sit restituendus, si se lęsum alleget, vel mercator si in mercium comparatione, vel agricola in fundi, vel boum æstimatione, horum enim maior turpitudo est, si in his rebus fallantur, quàm iurisconsulti.

De officio iurisconsulti.

De minore mercatore an restituatur.

11 Adhuc tamen existimo, in his speciebus non esse denegandam restitutionem, si lędantur. Nã si dolo aduersarij id fiat, non est quid eis posit imputari, vt suprà dictum est, si verò facilitate sua id fiat, cùm in omittendo sit eorum culpa, nec tunc impeditur in integrum restitutio, vt dictum est. Nam & in his hominibus, licet ratio legis cessare videatur, non tamen ex hoc legis cessat beneficium, cùm & in hoc forsan malum capiat cõsilium minor, quod mercator sit: quinimo ratio legis in his speciebus non cessat, etiãsi mercator industrius sit: imò & verba, & legis mens, & causa, concurrunt, minor enim ob facilitatem suam restituitur: sed hunc facilitate lapsum verum est, cùm is vt restitutionem impetret, læsum se ostendere debeat: quod si ostendat, ratio legis non solum non cessat; verùm præsumptio generalis legis in hac specie cum veritate cõcurrit, tria enim consideranda sunt.

Primum, minorem facilè lædi, in rerum suarum administratione.

Secundum hoc in minore industrio, & perito, non esse ita verisimile, vt *dict. l. 1. C. qui, & aduersus quos.*

Tertium, hunc minorem peritum, quẽ lædi verisimile non sit, verum esse læsum fuisse, si probauerit ea, quæ ad impetrandam restitutionem pertinent, vt magis possit natura, quam ars & prudens minor semper minor, non tamen semper prudens sit, ideoque posit aliquando facilitate sua lædi, quod cùm contingit veritas præfertur præsumptioni, qua sola veritate nititur restitutionis auxilium, vt in *l. nam & postea in §. si minor. ff. de iureiurand.* ideò tunc non erit deneganda in integrum restitutio minori peritissimo, cùm in ea re non fuerit, & in toto iure ciuili species genera vincant, vt est in regulis iuris, quæ adeò vera sunt, vt etiãsi minor industrium se maximè probet, ob idque à principe veniam

ætatis obtineat, nunquam tamen efficiet, vt in omnibus rebus pro maiori habeatur: nec enim ita de eo, sicut de maiori confidit lex, vt probatur in *l. 2. & 3. C. de his, qui ven. ætat. impetrauę.* suspecta quippe est legibus hæc minorum prudentia præcox; nam vt senectus est prona ad auaritiam, ita adolescentia ad prodigalitatem vergit, & Naturam licet expellas furca, tamen vsque recurret, & vide ad materiam, quæ diximus supra lib. præceden. c. si. versi. Ex supra dictis. vsque ad fin.

CAP. XIII.

Vtrum minor aduersus cõfesionem delicti restituatur.

SVMMARIVM.

1 *Minor an restituatur aduersus delicti confessionem.*
2 *Vbicunque minor facit actum, qui potest afferre ei damnum, & non vtilitatem, est restituendus.*
3 *Opinio contra doctores, quod aduersus cõfesionem minor non restituatur.*
4 *Non læditur, qui bonam fidem cognoscit.*
5 *Allegans mendacium non est audiendus.*
6 *Veritas, & mendacium multifariam considerãtur.*
7 *An in minore præsumatur error.*
8 *Intellect. l. certum §. in pupillo. de confesiis, & c. 2. de in integrum restitu. lib. 6.*
9 *De intellect. l. si ex causa, in §. nunc videndum.*
10 *Quando minor ex confessione sua posit condemnari.*

IN præcedenti cap. vidimus quomodo doctores nostri ex quadam conficta, & imaginata turpitudine, excludant minores, à restitutione in integrum, nunc ostendemus eosdem minores allegando veram turpitudinem à doctoribus ad restitutionem admitti. Nam vulgarissimã est *Angeli* sententia in *l. certum. in §. in pupillo ff. de conf. ff.* quod licet minor aduersus delictum à se commissum non restituatur, vt *in l. auxilium in §. in delictis ff. de minori.* restituitur tamen aduersus cõfessionem delicti, quod communiter doctores probant, vt patet ex his, quę *Alex.* refert *in consi. 115. vol. 3.* idem & *Ias. in l. nam & postea in § si minor. ff de iure iurand. item Ias. in l. error. colu. 2. limit. 5. numero. 10. C. de iur & fact. ignor. Dec. in l. nihil consensus. in §. non capitur. ff. de regu. iur. Hippo. singu. 445. & in l. 1. in princip. nu. 12. ff. de quæstionib.*

De minoris confessione.

Sed hæc res licet doctores non explicent, non leuem habet difficultatem. Nam si in vniuersum hæc opinio recipiatur, falsa omnino erit, siue in ciuilibus causis, siue in criminalibus minor fateatur. ideo distinguendum erit, vt postea docebimus, si prius viderimus ea, quę istam opinionem doctorũ probare vidẽtur & in primis regula, & basis, qua dirigitur, & nititur in integrum restitutio minoris, hanc opinionem astruere videtur scilicet, vbicunque minor læditur ex actu à se gesto, vel aduersarij dolo, vel sua facilitate, est restituendus, vt probatur in *lege. minoribus. 1. & 4. C. de in integrum restitutione.*

minor. & *in l. minoribus* C. *si tutor. vel curat. interue.* & *in l. verum in* §. *sciendum ff. de minorib.* & *l. nam & postea in* §. *si minor.* vbi *doct. ff. de iure iurand.* sed semper minor, qui si confessus non esset, non damnaretur, quia crimen plenè probatum non sit, nec probari facilè possit, ex confessione sua ostenditur læsus, vel ex facilitate sua, vel ex alterius captione, ergo restituendus erit. Quinimo absque aliqua distinctione crimen probari facile possit, vel non possit, semper læditur confitendo, ideò restitui potest, & debet.

Nam generaliter est accipiendum, quod vbi-
2 cunque minor facit actum, ex quo sibi nulla sequi vtilitas potest, sed posset sibi damnum inferri, læsus hoc ipso est, & danda restitutio. tex. est notab. qui hoc probat, si rectè consideretur, in *l. 1. C. de in integr. restitut.* vbi si minor renunciet querelę, inofficiosi testaméti, restitui potest, etiamsi aliter lęsio nun probetur, nec enim id text. requirit. Nam hoc ipso quod renúciat læsus videtur, & tamen potest esse, hæreditatem non esse solnendo; quia tamen renunciatio nullam vtilitatem potest afferte, cum & si nun esset soluendo, nullum damnũ sibi infertur, quod querelæ habeat actionem, cùm possit ea vti, vel nó vti, prout & etiam postea rupto testamento, vel adire, vel non adire, & ita renunciatio nullam vtilitatem afferre potest, sed damnum: ideò semper læditur renunciando, facit text. in *l. si intra C. de in integr. restitutio. cum glos. in verb. renunciatum est.* per text. in *l. interdum ff. eod. titul.* ibi: Hoc enim ipso deceptus videtur, quod cùm possit restitui, &c.] facit tex. in *l. si minor 25. annis filio famil. in* §. *1. ff. eod. tit.* sed, ex confessione criminis nulla vtilitas sequi potest minori, sed damnum sæpissimè; ergo hoc ipso quod fatetur, læsus videtur, & restituendus, ex natura negotij, nulla alia extrinseca ostensa læsione.

Minor semper læditur si facit actũ qui nullam sibi potest vtilitatem offerre.

Secundo, hoc videtur expressum *in l. certum in* §. *in pupillo. ff. de confessio.* ibi; minorem à confessione sua restituemus, nec text. distinguit, sit confessio in criminali, vel ciuili iudicio emanata, nec aliqua discriminis ratio ostenditur.

Item videtur expressum in *cap. si de in integrũ restitutio. lib. 6.* vbi Ecclesia aduersus confessionem restituitur: ergo & minor, cùm in hac materia sint pares, vt in illo titu, & facit tex. in *l. fi. C. de sacrosan. Eccl. iunct. l. republica C. ex quib. caus. maior.*

Quarto pro ista opinione induco text. in *l. si ex causa in* §. *nunc videndum ff. de minorib.* vbi tex. probat, quod si minor delictum neget, restitui potest aduersus negationem, licet aduersus delictum non restituatur: inquit enim *ibi Vlpian.* Nam etsi furtum fecit, vel damnum iniuria dedit, non ei subuenietur, sed si cum ex damno dato confiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare, in hoc solum restituendus est, vt pro cõfesso habeatur.]

Si igitur aduersus negationem delicti restituitur, ergo & aduersus confessionem, vt contrariorum eadem sit disciplina, vt *in l. & si contra tabulas ff. de vulga. & pupil.* vbi *Bar.* & probatur in *l. fi.* § *fi. ff. de lega. 3.* & *in l. 1. ff. de his, qui sunt sui vel alieni iur.* & *in* §. *illud. insti. de societat.* not. *in rubr. ff. de acquirend. possessio.* & *in l. quemadmodum. eodem tit.* hæc sunt quæ videntur doctorum opinioné confirmare, sed videamus quibus rationibus hæc opinio simpliciter vera non sit. In primis autem lege hoc expresse cauetur, vt minor aduersus delicti confessionem non restituatur, in 3
l. auxilium § *in delictis. versi. sed vt ad legis Iuliæ ff. de minori.* vbi *Tryphonius* inquit. Sed vt ad legis Iuliæ de adulterijs coercédis præcepta veniamus, vtique nulla deprecatio adulterij pœnæ est, si se minor annis adulterum fateatur.

Min. aduersus negationem restituitur.

Secundo, generaliter vt minor aduersus suã confessionem non restituatur, considerandum est, quod minor ita demum restituitur si læsus reperiatur, non aliàs, vt in *l. fi. C. de in integr. restitu. l. nam & postea* §. *si minor ff. de iure iuran. cum alijs supra allegatis*, sed minor fatendo veritatem, non læditur, cùm quilibet agnoscere veritatem, &
bonam fidem teneatur: vt in *l. quoties.* §. *sicut ff. de admini. tuto.* & *in l. non est* & *l. qui solidum* §. *etiam ff. de legat. 2.* & *in l. 3. C. de aduocat. fisc. l. emptorem in princip. ff. actio. emp.* & *in l. properandum* §. *fin. C. de iudic.* & *l. Fistulas in* §. *1. ff. de contrahen. emptio*, facit *de curios. & stationa. li. 12. l. 1.* bonus text. in *l. 1. de offic. eius, qui vi. alter. ger.* cùm nemini, siue iure, siue iniuria interrogetur, liceat mentiri, etiamsi vitę periculum sit subiturus, potest tamen vbi non præcedentibus infamia, & indicijs sufficientibus interrogetur, cùm id iniustè fiat, ambigua eludere responsione. Quinimo ex confessione lus non pręcedentibus, extorta: cùm illegitima sit, non poterit eum iudex condemnare. Hæc colliguntur ex *S. Thom. 2. 2. q. 69. art. 1. & 2.* & ex his quæ latè declarat *Dominic. de Sot. de Iusti. & iur. lib. 5. q. 6. art. 1. & 2.* cùm peccet mortaliter iudex, qui interrogat reum de delicto, indicijs legitimis non præcedentibus, & ex his quæ *Nauarr. in Manuali. c. 35. num. 35. cum sequen. & Sot. vbi sup.* colligitur. cùm igitur minor fatendo veritatem non sit læsus, non restituetur: quod probatur, quia in causis etiam minorum de calum. iuratur, vt in *l. 2.* §. *quod obseruari. de iurament. calumniæ*: & facit *l. 2. C. qui accus. non poss.* & idem erit si minor produxit testes, qui contra eum dixerũt, vel probauit id, quod sibi non expediebat. Nam in detegenda veritate nemo dicitur lædi per supradicta, & hoc quando minor veritatem confessus est. 4

Quilibet tenetur bonam fidem agnoscere.

Quod si fateatur per mendacium id, quod sibi nocet, licet restituendus videatur, cùm sit læsus, tamen adhuc videtur non esse minorem restituendum. Nam vbi minor in restitutione impetranda detegit mendacium suum, non auditur, tex. est iunct. sua glos. *in l. de tutela. C. de in integr. restitutio.* vbi habetur, quod vbi minor vult restitui retractando assertionem suam tanquam mẽdacem, ita demum auditur, si aduersarius fuerit particeps doli minoris, vel dedit causam mendacio, aliàs autem non audietur: & ita ibidem

De mendacio.

dem tenent docto. vt patet ex relatione Alexã. Medacium enim est turpitudo, & delictum, vt *in l. electio. in §. si is. ff. de noxa. l. 1. actio & in l. 5. ff. quod cum eo & in l. fi. ff. de rei vendi. & in l. si dubitetur in §. ita demum. ff. de fideiussor. & in l. sed hoc ita & in l. si vnus in fi. ff. pro socio & C. de non num. pecu. in auth. contra qui propriam. & extra de solut. c. fi. & in auth. de trien. & semi. §. 7e. & auth. item possessor. C. qui potior. in pignor. habeantur & in l. contra negantē. C. ad l. Aquil. & in l. :. ff. si ex noxa. caus. aga. in §. 2. & in l. 1. in §. interdum ff. si quadrup. paup. feci. dica.* Cùm igitur mendacium sit turpitudo, vel delictum, id allegans non debet audiri: vt *C. de transact. in l. transactione finita C. de reuoc. dona. in l. cum pro fi-*
5 *tearis & C. de cond. ob turp. caus. in l. mercalem & C. de ijs. quæ in fraud. credito. in l. si hos.* cum his quæ not. *Bart. ff. de eo, per quem fact. erit in l. 1.* latius per eum. *in l. iusiurandum, quod ex conuentione in §. fi. ff. de iureiurand. Abbas in c. cum super. colu. fi. de concess. preb. nume. 9. idem Abb. post glos. ibid. extra de re iudicat. c. lator.* latissimè per *Felin. extra de præsump. in cap. tertio loco.* latiùs remissiuè per *Tiraq. de retract. 1. part. §. 1. glos. 18. nu. 24. cum sequent. & tracta. cessant. caus. 2. limitatio.* & pro hoc in nostra materia est tex. *C. si min. se maior. dixerit in l. 2. & 3.* vbi si minor vult restitui, suum mendacium reuocãdo, non auditur.

Sed pro resolutione materię, vt melius appareat quæstionis veritas & intellectus ad omnia supra allegata, animaduertendum est, quod vbi minor aduersus suam confessionem restitui vult, possunt plures casus considerari, nam aut confessus est verum, aut falsum, aut sumus in dubio: si confessus est verum, non potest restitui, quia non est læsus, si falsum aut allegando errorẽ, aut mendaciũ: primo casu restituitur: secũdò videtur quod nõ, quia allegat mendaciũ, & turpitudinem suam, sed pro huius rei declaratione, consideranda sunt elegantia verba *Bal. C. de confessis l. vni. nu. 52.* qui dicit, quod veritas

Mendaciũ qualiter sumatur.

6 potest tripliciter considerari, vel etiam mendacium, potest enim quis dicere verum re & consilio, item re, non consilio: item consilio non re. Potest quartum addi quando omnino falsum fatetur, quia nec re nec consilio verum dicit, & hęc probantur in *l. in fraudem ff. qui & à quibus & insti. quibus ex caus. manu, non lic. §. in fraudem. & in c. homines, & cap. is autem. & c. beatus Paulus 22. q. 2.* & hoc est quod *S. Tho.* distinguit inter mendacium formale, & materiale *in 2. 2. q. 110 art. 1.* in responsion. Primo igitur casu quando minor fatetur verum re, & consilio, quia res sic se habet, & ipse existimat rem se ita habere, tunc cùm non sit læsus restituendus non est per supradicta, quia fecit quod facere tenebantur: concurrit enim eius opinio cum veritate, ideò legitimè factum est. Facit *l. cum quidam §. quod dicitur ff. de acquirend. heredi.*

De mendacio materialiter tãtum.

Secundo vero casu quando fassus est verum re, non consilio, quia dixit verum, putans se dicere mẽdacium, & isto etiam casu non restituetur tunc, quia læsus re ipsa non est, cùm eius dictum cũm veritate concurrat. Item quia commisit delictum fatendo contra suam conscientiam. Nunc tertium casum omittamus, qui vltimo loco expedietur. Quarto igitur casu quando fatetur id quod verum non est, nec re, nec consilio, putà quia scienter mentitur, tunc videtur quod non restituatur; nisi aduersarius fraudis particeps fuit, vt nota in *d. l. de tutela. & C. si minor se maior. dix. in leg. 2.* & supra dictum est.

De mendacio formaliter, & materialiter.

De mendacio materialiter.

Tertio vero casu, quando fatetur verum cõsilio, sed non re, quia confessus est mendacium bona fide, putans se verum dicere, tunc omnino restituendus est, quia isto casu, læsus est, cùm res aliter se habeat, quàm fassus est. Item non allegat nec detegit turpitudinem suam, vel mendacium, quia mentitus non est dolo malo, sed bonam fidem & suam conscientiam sequutus; & vt sit delictum mendacium, requiritur quod sit dolosum, vt in *l. qui iurasse ff. de iureiurand.* inuoluntarium enim non est delictum, vt in *l. vim passam ff. de adulte. & C. eodem titu. l. propter. & ff. de public. & vectigal. in l. Cæsar & 6. distinct. cap. non est peccatum & cap. sed pensandum.* inquit enim *Philos.* de his, quæ inuoluntariè patimur nec laudamur, nec vituperamur. Isto igitur casu minor læsus restituetur, & ita debet intelligi *dict. l. certum in §. in pupillo* ista autem distinctio videtur colligi ex *dict. titu. C. si minor se maior. dixer.* vbi minor restituitur aduersus cõfessionem, errore in ea interueniente, secus verò si dolosã fuerit.

Sed si subtiliter dicatur, quod secũdùm hæc nullum priuilegium minori tribuitur, nam & maiori, errore probato, succurritur, vt probatur in *l. Error. C. de iuris & fact. ignorant.* at prædicta iura ætati hæc tribuunt, & eius priuilegio restitutionem huiusmodi concedunt minori, & Ecclesiæ, vt dictis iuribus apparet. Nec placet isto casu solutio *Speculat. in titul. de in integr. restitutio. in §. 1. coln. antepenultim. versic. sed nunquid Ecclesia.* vbi dicit, quod solum minoris priuilegium concedit hoc, vt post sententiam, virtute erroris restituatur minor, at maior solum ante sententiam errorem possit allegare, vt *dict. l. error.* Denique vult, quod ante sententiam eo tantum casu minor restituatur, quo maior aduersus confessionem auditur, non autem aliàs, quòd falsum est omnino, vt statim dicetur, & loquendo in ecclesia hæc distinctio reprobatur, in *dict. c. fina. de in integrum restitu. libro. 6.* Nam etiam ante sententiam minoris esse priuilegium ostendemus.

Cõtra Speculatorem.

Error in restitutione minoris quomodo accipiatur.

Licet enim in restitutione huiusmodi minori concedenda etiam consideretur, ex quo errore, etiam maior confessionem reuocare possit, vt in *dict. l. error. & in dict. c. 2. de in integr. restitut. lib. 6.* tamen minoris, vel Ecclesiæ priuilegio, alio modo error accipitur, eo enim ipso quod minor fatetur id, quod sibi est damnosum, & ab aduersario non est probatum, in ea re, in qua error cadere potest, puta in facto alieno concedenda est sibi restitutio: tex. est in *l. cum de indebito. §. sin autem ff. de probatio.* at maior probare errorem re-

netur, vt in *dict. l. error.* ostendendo rem aliter se habere, vt in *l. 3. & in l. non idcirco C. de iuris. & facti ignorant.* Ideò autem dixi eo casu, quo error cadere potest, nam si non posset, vt si in facto proprio confessus esset, ex petitione eius mendacium inferretur, ideo restitutio deneganda foret ex supradictis, restituẽdus est ergo minor, si suum mendacium errore potest excusare, secus si non posset, vt si confessus se hominem percussisse, adulteriùmve commisisse, quia tunc non esset restituendus ex supradictis. Puto tamen opinionem doctorum defendi posse, quãdo mendacium, licet non errore, tamen tormẽtorum metu, excusari possit, iusta enim videtur excusatio, cum maiori talem confessionem retractare permittatur, si eam ratificare nolit, vt dicunt doctores in *l. 1. §. diuus Seuerus ff. de quaestio.* nam vt est apud *Minum Publianum.* Etiam „ innocentes cogit mentiri dolor: quod minori magis concedi propter suam facilitatem aequum est.

8 Restat vt respondeamus rationibus primo adductis ex quibus videtur probari semper, & sine aliqua distinctione minorem esse restituendum, & quoad primum argumentum ex supradictis satis est responsum: quo ad secundum, scilicet, quoad. *l. certum. in §. in pupillo.* dicimus, quód in restitutione in integrum iudicis officiũ versatur, vt cognoscat an minor laesus sit, vt in *dict. l. nam & post. a. in § si minor. ff de iureiurand. & in l. an causa, 1 in §. causa cognita ff. de minorib.* nunquam autem minor laeditur veritatem dicendo ideò vbicunque petierit restitutionem contra confessionem, videndum est, an de facto alieno fassus sit, vel an metu tormentorum, vel alio timore, seu errore, quo possit mendacium excusari.

Intellect. c. fi. de confess. lib. 6.

Quod verò ad *cap. fina. de confess. lib. 6.* possumus dupliciter respondere: vel quod intelligatur secundum distinctionem supra dictam, scilicer, aut est confessio de facto proprio, aut alieno, aut melius, quia in Ecclesia non potest cadere haec distinctio, quod ille tex. procedit in confessione administratoris, quae potest reuocari per restitutionem in integrum, etiamsi illius mendacium detegatur, quod non debet nocere Ecclesiae: & hic est verus sensus, quia cũ Ecclesia, vel respublica sit persona mystica, non potest aliter confiteri quàm per administratores, ideo in hoc non est eiusdem rationis cum minore, qui per seipsum potest confiteri, & qui si doli capax sit, potest periurio, & mendacio astringi.

De turpitudine detecta.

9 Non obstat etiam, quarto tex. in *dict. l. si ex causa. in §. nunc videndum.* vbi minor restituitur aduersus inficiationem proprij facti, & ita allegando suum mendacium, & turpitudinem quia respondeo, quod vbicumque est iam detecta turpitudo, potest quis illam allegare, vt notatur per *Bar. in l. iusiurandum, quod ex conuentione in §. fi. nu. 5. ff. de iureiur.* vbi alij doctores notant: ibi autem in *dicto. § si ex causa* cùm minor esset cõdemnandus reprobata eius negatione, detectũ est eum fuisse mentitum, quinimo ibidem non tam minor restituitur aduersus negationem, quàm aduersus omissionem reuocationis negationis, quam etiam maior facere potest ad euitandam poenam dupli, vt notatur. *in §. ex maleficijs instit. de action. & in l. contra negantem. C. ad leg. Aquill.* est text. in *l. electio. in §. neque ff. de noxalib.* vbi hoc probatur. Restituitur ergo ibi minor, quandocunque ad reuocandam negationem, quod iure communi etiam maior facere poterat ante litis contestationem, & etiam postea ante probationem, vt per *Ias. nu. 27. & 28. in d. § ex maleficijs*, reuocando mendacium suum, non tamen ex hoc sequitur quod iure speciali possit minor restitui aduersus confessionem suã nulla ostensa excusatione, cum ex causa detur restitutio.

Quid igitur ex sola confessione minoris iudex temerè eum condemnabit, quod mendacium suum allegare non possit? certè non hoc nos asserimus, sed potius vt videat iudex causae circunstantias, an tales sint, vt credat an nunc cùm negat minor, an quando fassus est mentitus fuerit, nec ex sola reuocatione confessionẽ in totum inualidam existimet, cùm non verisimile sit contra se falsum dixisse, vt *cap. literas. de praesumptio.* nec vt omnino confessioni acquiescat minoris, siue restitutio petatur, siue non petatur, maximè in causis criminalibus, in quibus cuiuscunque defensio admittitur, vt *l. non tantũ ff. de appella. & l. seruum quoque in §. publicè ff. de procurator.* non vt procurator iuris defendens sit, vt *in l. pen. in §. ad crimen ff. de public. iudic.* sed instructor saltim & excusator, quanto magis iudex ipse reorum excusationem, & innocentiam rimari, & perquirere debet, quid enim si minor restitutionem non peteret, an iudex eum semper condemnabit? 10

Quando ex confessione minor damnari possit.

Nam neque maior ex sola confessione delicti punietur, si de delicto praeterea non constet, vt in *l. inde Neratius. in §. fi. in fi. ff. ad l. Aquil.* facit text. in *l. 1. in § item illud ff. ad Senat. consult. Sillenia.* facit text. *in l. diui fratres ff. de poen.* notat. *Angel. in dict. l. certum. trad. Ias. in l. error nu. 14. C. de iuris, & facti ignorant.* Nam in criminalibus causis, cũ quis non sit dominus membrorum suorum vt in *l. liber homo ff. ad l. Aquil.* non est standum suae volũtati, sed videndum est, an sit verisimilis eius cõfessio, & alijs adminiculis adiuuetur, nam in hoc optimi iudicis versatur iudicium rectum, atque arbitrium, vt diximus latè supra lib. 1. in cap. 1. ex hoc inductum est, vt confessus in delictis appellare possit, si non conuictus aliàs est, vt in *l. 2. C. quo appellatio. non recipian.* vbi Imperator Constantinus optimè hoc statuit.

Ex confessione non semper quis est damnandus.

Neque in ista specie aliquid interest, quod eius turpitudo, & mendacium confessionis detegatur, quia in materia in qua etiam maior nõ habet liberam potestatem, dicta regula non procedit, quia potest quis turpitudinem suam, & mendacium allegare, vt *in cap. praeterea. t. de sponsali.*

ſponſali.Feli.in cap. lator.de re iudicat.& in cap.3. loco. extra de præſumptio. Iaſ.in dict.l.iuſiurandum quod ex conuentione.in §.fi. ff.de iureiurand.& doctores,quod refert *Tiraquel.de vtroque retract.1.part.§.1.in gloſ. 18.num.24 cum ſequent.*conſiderandum etiam erit num minor proximus ætati pupillari ſit, ſeu iam proximus illi,quæ reſtitutionem in integrũ ſolet excludere,vt omnibus conſideratis veritas perpendatur,& non ſimpliciter minor aduerſus confeſſionem reſtituatur:ſed ita demum ſi læſus minor ſit,cùm potiùs facilitate, quam veritate,eius eſt extorta confeſſio, & doctrina *Angel.*vera ſit,vbicumque errore,metu, vel facilitate aliquo modo poſſit in dubium veritas confeſſionis vocari,& ita intelligatur tex.in *dict. l.certum in §.pupillo* & doctri Angel.ſecus ſi nulla ratione poſſit excuſari,vt dictum eſt,vt in ſpecie *dictæ legis auxilium in §.in delictis.ff.de minoribus.* vbi eſt text.expreſſus.de confeſſione minoris lat. *Turrecrem.in c.nos in quenq.2.q.1.*

C A P. XIIII.

De interpretatione l.humanum. C. de legib. verſicu. ſcitote, & quando legis requiratur expreſſa derogatio, vt diſpenſatio, vel actus geſtus contra legem teneat.

SVMMARIVM.

1 *Clauſulæ derogatoriæ irritant ſequentem diſpoſitionem,niſi de eis fiat mentio ſpecialis.*
2 *Id etiam procedit in ſtatutis, & reſcriptis ſecundùm doctores.*
3 *Conſtitutionum in concilio conditarum requiritur ſpecialis derogatio.& nu.6.*
4 *De interpretatio.l.humanum C.de legib.*
5 *Clauſula derogatoria aliquando reſpicit poteſtatem aliquando voluntatem.*
7 *Quando de voluntate conſtat non impedit clauſula derogatoria.*
8 *Clauſula derogatoria non impedit legem contrariã ſuperuenientem.*
9 *Clauſula derogatoria nihil eſt, quàm proteſtatio quædam,quæ defectum fortitudinis maximè oſtendit & num 11.*
10 *Reſcripta contra decreta conciliorum quando valeant etiam ſine derogatione.*
11 *Ponitur prima notabilis regula ad colligendum principis mentem.*
12 *Ponitur ſecunda regula.*
13 *Ponitur tertia regula.*
14 *Ponitur quarta regula.*
15 *Inter principem conſtituentẽ legem,& inter Principem reſcribentem,plurimum intereſt,ad eius colligendam voluntatem.*
16 *De natura proteſtationis,quæ in clauſula derogatoria ineſt.*
17 *Vnicum præcedat teſtamentum nihil intereſt, vel plura,contra Bart.*
18 *An poſt decennium requiratur mentio prioris clauſulæ.*
19 *Si adijciatur iuramentum in primo teſtamento, an requiratur derogatio in ſecundo, & quando iuramentum videatur habere clauſulam derogatoriam in præcedentem,vel ſequentem diſpoſitionem.*
20 *De clauſula quorum tenores.*

DIſpoſitiones,quæ fiunt ab illis,qui liberam 1
diſponendi habent facultatem,ſi aliæ pręcedant, quæ clauſulam derogatoriam contineant,non aliter valent,quam ſi prioris derogationis mentio fiat ſpecialis,vt *in l. ſi quis in principio teſtamenti. ff. de lega.* 3. vbi ita *Hermogenianus* inquit: Si quis in principio teſtamenti adſcripſerit,cui bis legauero,ſemel deberi volo, poſtea eodem teſtamento vel codicillis ſuis ſæpe eidem legauerit,ſuprema voluntas potior habetur.Nemo enim eam ſibi poteſt legem dicere, vt à priore voluntate ei recedere non liceat,ſed hoc ita locum habebit, ſi ſpecialiter dixerit, prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.] Et *Pomponius. in l.ſi mihi & tibi in §.in legatis in verſi. interdum. ff. de lega.1.*cuius verba ſunt.Interdum tamen in legatis non poſterior,ſed præcedens ſcriptura valet.Nam ſi ita ſcripſero, quod Titio infrà legauero,id neque do,neq; lego,quod infra legatũ erit non valebit.Ex hoc *Bart. in l. omnes popul. coln.11.nu.31.ff. de Iuſti.& iur.* exiſtimat idem in 2
ſtatutis fore obſeruandum, vt non aliter ſtatutum contrarium primo vires habeat,ſi primum habebat clauſulam derogatoriam, quam ſi in ſecundo mentio eius fuerit facta, idemque in reſcriptis dicendum erit,in quibus doctores in *l.fi.C.ſi contra ius. vel vtilitatem public.* & alibi ſæpe volunt, vt ita demum valeant,ſi contra ius ſint, ſi clauſulam derogatoriam iuris, ſaltim generalem contineant,quæ ſufficit,ſi lex,cui derogatũ eſſet,non contineret clauſulam derogatoriam, tunc enim requiretur ſpecialis derogatio, nec ſufficiet clauſula generalis,non obſtantibus cõſtitutionibus in contrarium facientibus.

Sic etiam doctores volunt, vt ſpecialis dero- 3
gatio requiratur conſtitutionum in concilio generali editarum,eaſque non comprehendi ſub generali legum derogatione,quod ex conſtitutiones,ex eo quod ita matura deliberatione factæ ſint,continere videantur vim clauſulæ derogatorię,ad quod allegari vulgo ſolet *Archidiaconi* authoritas *in cap. 1.de conſtitutio. lib. 6.* quem *Bal.Fulgo.& Paul.de Caſt.in iſta l.humanum,*probare videntur,*idem Paul.in dict.l.fi.C.ſi contra ius, vel vtilita.publi.* vbi etiam *Iaſ. col. fin.* qui refert Paulum dicentem ſe non reperire hoc in Archidiacono, ſed Archidiacon. expreſſè hoc dicit, ponit enim hæc verba: Vel dic planius,quòd certi caſus ſunt, in quibus non valet reſcriptum, niſi fiat mentio de iure contra quod impetratur, vt *inſtit.de reſcriptis nonnull. de ætat. & qualit. eam te.* inſtit.*de cleric.non reſident. cap.cum dilectus.& cap. cum adhoc.* quod ſpecialiter intelligi poteſt,quando impetratur contra concilium generale, *inſtit. de reſcriptis,nonnulli,vel Lateranenſis inſtit de Capell.Monach.c.penul,& vlti.* Item dicendum eſt de quolibet iure,in quo iſtud ſpecialiter

De conſtitutionibus editis in cõcilijs, & infra nu.6.

„ ter continetur. Hæc Archidia. verba sunt. Sed „ expressè loquendo de de omnibus concilijs idē tenet *Oldra. Ioan. Andr. & alij, quos Ias. refert in d. l. fi. & Ludo. Roma. in l. si vero in §. de viro. 23. fallent. ff. solut. matri* qui miratur de Bal. quod alleget Archidiaconum, cùm sint tres textus scilicet. *c. penul. de Capell. Monacho. & cap. nonnulli de rescript. & cap. eam te: de atat. & qualit.* quasi illos adinuenerit *ipse Roma* & eos cum alijs non allegauerit *Archidiaconus*, & certè text. *in cap. penul.* est optimus adhoc, inquit enim. Cum autem id obuiet Lateranensi concilio, de quo nulla mentio est in literis ante dictis, fraternitati tuæ breuiter respondemus, quòd huiusmodi literas ab apostolica sede non credimus emanatas, quòd si per occupationem forsitan emanauerint, nolumus per hoc derogari concilio supradicto.] tex. autem in *dicto c. nonnulli.* ibi vel expressam de hac constitutione fecerit mentionem, non ita vrget quia est posita specialis clausula in illo decreto de duabus dietis, nec ex hoc sequitur idem fore in alijs decretis illius concilij, in quibus posita non repetitur, ideò melior tex. est *in dict. c. pen.* istā sententiam, quod de concilijs debeat fieri mentio specialis, vt rescripta contra ea impetrata valeant, probant doctores communiter vt apparet ex adduct. à *Felin. in dict. cap. nonnulli. 3. colu. un. a. in regula prima versi. & nota. quod omnis constitutio concilij. extra. de rescript.*

4 Sed videamus an hæc doctorum opinio sit recipienda in vniuersum: imprimis autem notandum est quæstionem propositam circa ea versari, quæ præiudicium alicuius specialiter nō respiciunt, in illis enim quando princeps ius tollere possit suprà ostendimus in libro primo, cap. 8. sed de his dispositionibus nunc loquimur, quæ dispensationes, & alia similia respiciunt, quæ nullum alicui inferunt detrimentum: in his igitur speciebus doctorum opinio non minimam videtur habere difficultatem, nam cōtra eorum sententiam plura facere videntur, & in primis text. in *ista l. humanum.* in qua videtur clausula derogatoria apposita, leges tamen postea factæ, hac forma non seruata, non minorē vim habent, etiamsi in eis de hac lege nulla fiat mentio. & *licet Bar. in dict. l. omnes populi. nu. 31. circa fi.* dicat quod imperator in ista, l. loquatur ex humanitate quadam, non dicendo, vt si aliter fiat, non valeat, tamen verba textus aptissima sunt ad clausulam derogatoriam, ibi, & cum omnes consenserint, & ibi. non aliter, &c,] & ibi, nisi supradicta forma,] imò ista lex ad nihil aliud edita videtur, nisi vt forma detur legibus postea sanciendis, denique idem esset, etiamsi expressè dictum esset, quod aliter factæ leges non valerent, vt statim ostendemus.

5 Et licet etiam Bart communiter approbatus *in dict. l. si quis in principio testamenti. a. colu. in nu. 4.* secundum *Episcop. Segob. in rubrica extrau. de testamen. in secunda parte. in n. 19. in vers. secunda conclusio*, distinguat inter clausulam derogatoriam respicientem potestatem, & inter eam, quæ respicit voluntatem, vt prima nihil penitus operetur: si enim quis in testamento dicat se velle nullum aliud posse facere testamentum, quasi id non appositum censeatur, secus vbi dicit se velle, vt nullū aliud quod postea fecerit, valeat testamentum, & videatur tex. *in l. humanum.* priorem speciem respicere, quasi imperator ibi velit suam potestatem auferre, quod facere non potest, tamen hic intellectus non placet, quia non est verisimile Imperatorem voluisse sibi auferre potestatem, quam sciebat auferri non posse: item prædicta opinio defendi posset, vbi verba simpliciter potestatem respiciunt; si verò sit certa forma adiecta, licet verba potestatem respicere videantur, tamen voluntatis habent effectum: si enim quis in testamento dicat se velle nullum amplius posse facere testamentū, sed istud vires suas habere, nisi in eo adscripserit hæc, vel illa verba, certe hæc clausula licet potestatem respicere videatur, tamen potiùs voluntatis est, ideò effectum suum operabitur, & in ista specie, puto quod sit vera opinio *Io. de Imol.* saluando glossam in *dicta l. si mihi. & tibi. in §. in legatis ff. de lega. 1.* de quo per *Soci. ibi. 2. col. & 3. in num. 2.* Nam in hac specie negari non potest, eū qui ita disponit, nolle vt aliter factum valeat testamentum, quod sufficit, vt opus sit hoc obseruare, vel de hoc specialem facere mentionem.

De clausula derogatoria potestatis.

Nona interpretatio

Secundo, specialius ad hanc rem deueniendo. *Innocen. in dicto. c. penult. de Capel. monach.* vult quod nihil intersit inter constitutiones factas in concilio, & alias constitutiones, vt de eis magis debeat mentio fieri: text. autem ibi facilè vitari potest, quod ibi literę, non facta mentione de concilio non valeant, quia nec in genere, nec in specie facta est mentio, scilicet dicendo, non obstantibus constitutionibus quibuscunque: & licet *Fel.* dicat totum mundum sequi Archidiaconum contra Innocen. tamen pro Innocentio facit, quia omnia ferè decreta, quę in iure canonico sunt statuta, in sacris concilijs continentur, ideo hæc distinctio videtur, esse paruæ vtilitatis. 6

Intellect. c. pen. de Capell. monacho.

Et 10. prob in addi. ad Ioan. monach. in c. cum si sua. nu. 19. cum sequent. de consuetud.

Item regula est cōmuniter approbata, quod vbi princeps promouet scienter inhabilem, videtur cum eo dispensare: ex his, quæ *Innocent. & alij, vbi Fel. nu. 6. 7. 8. & 9. in cap. præterea. extrau. de testib. cogend.* & omnes per illum tex. *in l. quidam consulebat. ff. de re iudicat.* sed dubium non est, quod inhabilitates pro maiori parte sunt à concilijs inductæ: nam ætas promouendorum, defectus etiam natalium, beneficiorum incompatibilitates, & ferè omnia eiusmodi conciliorum constitutionibus ordinantur, vt *in c. de multa, cum sequen. de præbend. & in c. 1. & cap. eam te. extra de ætat. & qualit. & cap. 1. & c. ad abolendam. de fil. presbyter. & cap. 1. de bigam. & Clement. fi. de ætat. & qualit.* & facit tex. *in cap. non magnopere. & cap. sed nec. & cap. sententiam sanguinis. ne clerici, vel monachi. & c. non amplius. de institutio. & cap. nulla.* quid dicemus in hac non leui difficultate, in qua operę pretium maximè erit veritatem inuestigare? quod

Isocrates in Helenæ encomio. quod nos tentabimus, quamquam, vt *Isocrates* inquit: De rebus luculentis difficile est aliquid afferre in medium, quod nemo ante vsurpauerit. Videamus ergo vtrum sententia Archidiaconi, vel Innocentij verior sit.

7 *Voluntas quibuslibet verbis præualet.* In hoc sciendum est, quod in omnibus his speciebus, in quibus ex eo quod dispositio habet clausulam derogatoriam vel expresse, vel tacitè, requiritur specialis mentio, id contingit, quia si no fiat, videtur deficere voluntas in dispositione contraria postea facta, vt dictis legibus probatur, & in *d. §. in legatis in fi.* dicit *Pomponius*: Voluntas ergo facit, vt in testaméto scriptum valeat,] igitur vbicunque de voluntate potest apparere, hoc sufficit, etiamsi forma clausulæ derogatoriæ obseruata non fuerit, quia cum hæ formæ, vt dictum est, potestatem non respiciant, sed voluntatem, vndecunque voluntas colligatur, sufficit: faciunt quæ latius diximus supra in lib. 2. c. 1. vbi de conditione, quæ ad effectum adijcitur, tractauimus. nu. 12. & 13. & ita optimè *Socin. dict. § in legatis in penul. col. nnm. 9. in versi.* 4. infertur. ita inquit, iste est vna maxima in hac materia secundum doctores in locis prælegatis, quod vbi possumus coniecturare testatorem voluisse secundum valere, non curamus qualiter clausula apposita fuerit, vnde in hac quæstione iudex ex varijs circunstantijs posset aliquando in vnam, aliquando in alteram partē moueri. Hæc sunt verba Socin. facit, quia volũtatis defuncti quæstio in æstimatione iudicis est vt dicit tex. in *l. voluntatis quæstio. C. de fideicommiss.* & ita *idem Soci in dict. § in an col. fin. nu.* 15. iterum ponit istam regulam dicendo. Postremò sumendā generalem conclusionem, quod ex quibuscunque coniecturis iudici constare posset, quod testator voluit secundum præualere, tollitur primum, licet secundùm esset simpliciter factum, quia tota hæc materia est fundata in præsumpta voluntate testatoris.) Hæc sunt verba Socin. quæ optimè explicant istam materiam, quod idem voluit *Bal. & alij in l. Sancimus. C. de testamen.* & est ex mente *Bar. in dict. l. si quis.* refert *Episcopus Segob. in rub. extr. de testamen. 2. part. nu. 19. versi. 4. conclus.* coniecturalis ergo erit status istius quæstionis, an secunda lex tollat primam habentem clausulam derogatoriam, vel an rescriptum aduersus legem talem clausulam, vel vim habentem sine speciali derogatione sustineatur, vel non, quia cùm legis latoris potestatē, vel testatoris, vel rescribentis ligare non possit, vt dictũ est, semper voluntaris erit qu æstio. verùm tamē est, quod non leuiter à verbis erit recedendum, nisi euidens sit mens disponentis, vt in *l. non aliter. ff. de lega.* 3. videamus igitur si aliqua possit regula constitui ad mentem disponentis eliciendam, quia doctores nostri species quasdam potiùs interpretantur.

Ideo clausula de plenitudine potestatis nihil facit vt per Aymo. consi. 140 n. 2. vid. Gozalis. consil. 14. nu. 11.

8 *Clausula derogatoria, an tollere* In primis videamus de dispositione legis, quo pacto lex subsequens à decreto irritante in priori lege imposito impediatur, & certè cùm leges non debeant esse captiosæ, & summa cum deliberatione constitui debeant, & magna cum libertate fiant, ineptum esset ponere decretum irritans aliam legem, cùm par in parem non habeat imperium, vt in *l. ille à quo. in §. tempestiuum. ff. ad Senat. Consult. Trebellian. & l. 4. ff. de arbitr.* neque in seipsum, vt sibi legem à qua recedere nõ possit, imponat, vt in *dict. l. si quis in principio testamenti.* maximè, quia, vt dicit *Bar. in dicta l. omnes populi. in nu. 31 & in dicta l. si quis in princi. 2. col. in nu. 4.* hę clausulæ derogatoriæ nihil aliud sunt, quàm quædam protestationes, & intellige tales, quæ semper aliquod impedimentum extrinsecum, vel suspicionem maioris imperij, seu potentiæ, vel timoris, vel alterius rei, quæ plenam libertatem impediat, præseferunt, quibus aliquis ab aliqua necessitate impendente, vel obligatione, se liberate, vel eximere prętendit, vt in *l. 2. C. de his qui per met. iudi. & in l. 1. in §. item si prædixerit. ff. naut caupo. vel stabul. & l. at si quis in §. plerique. ff. de religio & sumpt. funerum.* hæc autem à legislatore aliena esse debent, ideò vix est, vt considerari possint in lege. Nam quod in *ista l. humanum*, dicitur, Scitote igitur patres cõscipti, non aliter in posterum legem à nostra clementia promulgandam, nisi supradicta forma fuerit obseruata,] mera adulatio est, vel non sunt verba quibus significetur, quod aliter legem constitutam velit irritari, vt dicit *Barto.* denique etiamsi adijciatur expressè tale decretum in lege, vel statuto, vt aliter non valeat, puto nullius esse momenti, cùm ex supradictis, tum etiā quia non est verisimile legem ridiculam omnino constitutam videri, quæ nihil aliud quàm fraudem, & errorem posset afferre, si nullius esset momenti: nec me mouerit quòd altera lex ridicula futura sit, vel prior, quæ legem futuram derogat, si vires in hoc non habeat, vel secunda, si prior habeat, quia dico priorem non omnino reddi inutilem, cùm saltim vires suas possit habere, donec lex posterior cõtraria fiat, vel quod, in pari causa potior semper vltima esse debeat vt in *l. pacta nouissima C. de pact.* vel potius, quia prior extra territorium suum vagatur, & congreditur cum lege maioris potentiæ, cùm legem non possit quis successori imponere, nam in tempus inhabile dispositio confertur, vt in *l. quod sponsæ. C. de donatio. ant. nupt.* & non legem in parem, sed in superiorem condidisset, successori legem imponendo, ex quo vana & falsa est opinio illa doctorum probantium legem reprobantem consuetudinem comprehendere etiam futuram, de quo latissimè *Tiraquel. in tract. de vtroque retract. in præfatio. 1. partis. nu. 17. & 18.* cùm id lex efficere non possit. Denique quicquid *Bart. & doctores in dict. l. omnes populi*, velint, in legibus, & statutis derogatoria clausula nihil operatur, cùm legislator non debeat leges ridiculas constituere, neque hæc suspitio in lege cadere potest, quando legislatoris libera est, vt debet esse potestas, quod si non sit libertas, iam legislatoris nomen amittet, & ita etiam intelligi potest *ista l. humanum*. ridiculum enim esset, ob illam

lat. l. sequentem.

9

Ex hoc decidit q. Car di. c. quam periculosū. 2. q. 7. q. 1. Cap. is qui præest vn quam.

illam clausulam dicere leges à legitimo legislatore promulgatas, non iusta delibetatione esse confectas, quę si sint, vt decet, factæ, iam cessat voluntatis defectus, & hæc de clausulis derogatorijs factis ad impediendum posterioris legis effectum dicta sufficiant.

10 Nunc videamus de tescriptis principum, an impediantur ob leges præcedentes, quę clausulas derogatorias, vel earum virtutem obtinent, & videtur idem quod in lege diximus, esse obseruandum. Nam quod Principi placet legis habet vigorem,] vt in *l.1.ff de constitution. princip. & in §. sed quod Princip. inst. de iure natural.* tamen hoc non est verum, vt in *l.fi.C.si contra ius, vel vtilita. public.* sæpe enim per occupationē, & importunitatem multa à principibus extorquentur priuatim, vt *in dict. cap. penu. C. de Capell. monach. & in l. prima C. de petitio. bono. sub. lib.* 10. quæ, delibetatione iusta pręcedente, qualis in lege communi sancienda interuenisse creditur, non extorquerentur, alia ergo regula in rescriptis erit constituenda.

11 *Prima regula ad declarandam Principis voluntatē.* Sit igitur prima regula quando princeps sciens prudensque qualis esse præsumitur: vt *in cap. 1. de constitutio. libro 6.* facit actum contrarium constitutionibus etiam concilij, qui actus est magni momenti, vel qui sine scandalo irritari non possit vel qui talis est, vt in eo magna deliberatio interuenire debeat, nulla vi prioris legis effici posse, vt is actus irritetur, etiamsi illi legi non sit derogatum: exempli gratia, si Pontifex contra concilia dispensaret, vt in gradu prohibito cootraheretur matrimonium, valebit matrimonium ita contractum, etiamsi non adiecent clausulam detogatoriam decretorum in concilijs constitutorum, alioquin vel incestui occasionem præstare voluisse diceretur, vel in re tam seria ludere, quod à dignitate principis, vicarij Dei, & à materia sacramentum respiciente est alienissimum, & ita in re dum absit subreptio, & seipsum quis mentiendo non decipiat, securè poterit credere bona fide, & legitimè secum actum fuisse, cùm aliquando, etiam data culpa in impetrante, dispensatur, vt scandalum euitetur, vt in *c. quia circa.* est elegans tex. *extrau. de consangui. & affinit.*

Sic etiam si Episcopum minorem ætate, quā per concilia licet à summo Pontifice defectus illius conscio, ordinari contingat, quis dicere possit Episcopum talem suspensum, tanquam male ordinatum, quod hic actus non expressè derogando cōcilijs fuerit celebratus? Quid denique si Cardinalis effectus ille, qui ex aliquo concilio dispensatione indigebat, à Pontifice eius rei non ignaro? Vtrum erit aliquis ita demens, vt in his speciebus verbalem derogationem legis requirat, cùm materiæ hæ tales sint, in quibus adeò maturè factum censetur, vt nulla possit voluntatis quæstio incidere? insanus esset, & schismatis non alienus, qui in his rebus legis vel canonis verbalem meotionem exigeret, non enim hæc sunt talia, in quibus iustæ deliberationis, vel voluntatis quæstio possit venire in controuersiam: cùm enim in his rebus de sūma rerū, & Ecclesiæ principibus membris agatur, de voluntate quoquomodo dubitare nephas est.

Quinimo etiam latiùs hæc regula constitui potest, vt in his, quæ princeps supremus per seipsum efficit, simulque exequitur, sciens prudensque contrariæ legis, etiamsi ei non deroget, legitimè factum censetur.

Secunda quoque regula potest constitui, quod etiam si non exequatur per seipsum princeps, sed parti executionem committat, vt fit in dispensationibus super matrimonio, cùm sit res ex qua posset sequi scandalum, vel peccatum, si dispensatio vocaretur in controuersiam, idem erit: alioqui posset dari occasio incestui, quod ex supradictis facilè intelligitur. 12 *2. Regula ad interpretandā principis voluntatem.*

Tertia regula in his speciebus, quando non idem princeps exequitur, sed alteri committit, vel delegat, liberum ent de legato voluntatem principis iterum sciscitari, vt in *c. si quando. extrau. de rescript. & c. si quando. de offic. de lega.* non tamen si de scientia principis sibi constet, id facere cōmissarius tenebitur. 13 *3. Regula.*

Quarta regula in alijs materijs, in quibus nō vertitur istud periculum, quales sunt beneficiales, ego existimo, quod si princeps non semel, aut bis, sed passim contra concilia rescribat ex certa scientia, etiam non derogando expressè concilijs, satis colligatur eius voluntas, vt vis clausulę derogatorię tacitæ, quæ in concilijs inest, effectum gratiæ non impediat, etiamsi de concilio nulla facta sit mentio, exempli gratia, finge: prouidet pontifex de duobus, vel tribus beneficijs simul alicui, id si passim fiat, existimo scientiam summi Pontificis, cum multitudine expeditionum sufficere, vt gratię subsistent. 14 *4. Regula.*

Quia licet in his materijs non detur inconueniens ita graue vt in præcedentibus, tamen actuum multiplicitas, ex quorum initatione infinitæ lites exorirentur, hoc exigere videtur: nec enim credendum est principem, velle tot actus frustratorios efficere, neque vt tot sub fide publica deciperentur, qui videntes id communiter fieri, iustè possunt esse excusati, argumento text. *in l. Barbarius Philippus, ff. de officio prætor. & in l. 1. C. de testament.* solū ergo vera potest esse dicta opinio doctorum in vno, vel altero actu, in quo vel importunitate, vel ob nimias principis occupationes, possit extorqueri aliqua gratia extraordinaria, vel exorbitans, idque summo iure agendo, possit ob omissionem derogationis impugnari, secus vbi gratia solet cōmuniter fieri; nam actuum multiplicitas, & voluntatem deliberatam ostendit, & omnem defectum obreptionis excludit, facit tex. in *l. vel vniuersorum. ff. de Pignora. act.* notat *glos. in l. si cui annuum. ff. de annu. lega. & in eod. tit. l. Seio amico. in §. medico Sempronio.* fac. pro alia parte huius distinctionis, & hæc credo quod sit vera resolutio, ex qua omnes quæstiones decidi possunt, tam in materia *dict. l. quis*

in prin-

in principio teſtamenti. ff. de lega. 3. quam iſtius *l. humanum.*

15 *Teſtandi actus ſerio fieri videtur.*

Et licet videatur huic reſolutioni obſtare, quod etiam actus teſtandi ſit actus, ita ſerius, vt nunquam fruſtra fieri credendum ſit, ſicut in legibus diximus, tamen quia ſæpe interuenire ſolet, vt conſanguineorum importunitas, vel alicuius obſeruatio, vel reuerentia liberæ voluntati impedimento ſoleant eſſe, non inepta eſt hæc præuentio, quæ per clauſulam derogatoriam fit: ad quòd facit text. *in l.* 1. *C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit,* quę in legiſlatore ceſſant. Conſtat etiam longè intereſſe inter principem condentem legem, & principem reſcribentem, cùm alterum deliberatione maxima fiat, alterum aliquando maximis occupationibus, & importunitatibus ſubripiatur, & inter ea, quæ ſemel, vel bis conceduntur, & inter ea quæ ſæpiſſimè, & paſſim. Denique cùm tota hęc materia ex voluntate dependeat, quia de poteſtate dubitari non poteſt, ex natura negotij erit capienda coniectura in teſtamentis, quibus ponuntur clauſulæ derogatoriæ etiam in ſolitæ: videndum igitur eſt vtrum ſecundum fiat potius, vt alicuius gratiam ineat, vel vt fugiat importunitatem, vt animus colligatur non recedēdi à primo, vel potius contrarium præſumendū ſit, quod in lege ceſſat.

16 *Proteſtatio oſtendit defectum fortitudinis.*

Circa quod conſiderandū eſt, vt ſuprà diximus, ex Bar. quod clauſula derogatoria nihil aliud eſt, quàm proteſtatio quædam, qua quis oſtendit, ſe nolle aliquid facere, licet id dicat, aut faciat: proteſtationes autem, quæ voluntatis defectum oſtendunt, & actum reddunt fictum, & ſimulatum, euidentiſſimè ex ſua natura oſtendunt egritudinem aliquam animi, & inconſtantiam, atque quandam ſimulationem, & fortitudinis defectum: videtur enim qui proteſtatur timere, idquod conſiderare conſtituit, vel metu, vel importunitate, vel animi paſſione, & facilitate ſe mutaturum. Denique timere ſe aliquid dicturum, vel facturum, quod animo non gerat, manifeſtè defectum, & animi perturbationem oſtendit, cùm enim voces, vt inquit *Ariſto. & Sanct Thom.* 2. 2. *q.* 110. *art.* 3. naturaliter ſint ſigna intellectuum, in naturale eſt, & indebitum, quod aliquis voce ſignificet id, quod nō habet in mente, ex iſta timiditate, & ſimulatione habuit originem, & emanauit hęreſis illa Helcheſitarum, quam ponit *Euſebi. in hiſtori. Eccleſiaſt. li.* 6. *cap.* 31. & refert. *F. Alſon. de Caſt.* ſed corruptè. *in lib. de hæreſib.* 10. *in verb. martyrium.* aſſerentium non peccare illos, qui metu tormentorum verbis abnegarent fidem catholicam, ſi eā animo retinerent, quod fuit damnatum ſub beato Fabiano Papa. Hac ratione nullus homo virtute fortitudinis præditus his ſimulationibus vtetur: Nam viros fortes: & magnanimos eoſdem bonos, & ſimplices, & veritatis amicos minimeque fallaces eſſe volumus.] inquit *Cicero.* Denique in perturbatis animis, vel qui facilè perturbationem admittunt, hæc cadere poſſūt.

Nā vt Cicero inquit ſimulare & diſſimulare dolus malus eſt.

Et facit, quod Petrus negando mortaliter peccauit vt per Turrecre. in c. imitato. 6. q. 1. & ſeq.

Per contrarium etiam ſunt aliæ proteſtationes, quæ magnitudinē animi oſtendunt, quales ſunt illę quibus nihil fingitur, ſed potius q̄ occultari fortè poterat, manifeſtatur: quales illæ ſunt, quæ à principibus inimicis fiunt, dum bellum, niſi quid faciant, comminantur, dum & priuſquàm inferant, bellum indicunt, & denunciāt, quod maximè faciunt hi principes, qui rectè exiſtimant ob id ſolum ſuſcipienda eſſe bella, vt ſine iniuria in pace viuatur, vt *Cicero* inquit. Igitur proteſtatio illa, quam clauſula derogatoria continet, puſillanimitatis indicium eſt non leue, admittēda tamē eſt in his, quibus nullus iure ſuo fraudatur, nō enim leges, quæ trāquillitatem publicam reſpiciunt, conſtantiam Stoicorum exigere à quolibet debent, aut poſſunt. Ideò voluntatem cuiuſlibet, quæ nullū iure debito fraudat, admittunt, & amplectuntur. Nam in his, quibus fraudatur quis niſi ille, cuius damno id eſſe poteſt, conſentiat, nullas vires habet proteſtatio, vt *in l.* 1. *in* §. *item ſi prædixerit. ff. naut. caupo. & ſtabula. & in l. cum in plures. in* §. *locator horrei. ff. locat.* not. *Bart. in l. qui in aliena. in* §. *celſus. ff. de acquiren hæred.* facit id, quod optimè *Bald. in l.* 1. *C. plus valere quod agit.* ſic agitur cùm proteſtatio, quæ in clauſula derogatoria ineſt, voluntatem reſpiciat, coniecturis locus erit, vtrum ab illa voluntate receſſerit, vel actum ſimulatum ſecundum priorem proteſtationem facere voluerit, vt ſupra ex Bal. & Soci. deduximus.

non ſolum 11. *q.* 3.

17 *Reprobatur opinio Bart.*

Ex his deducitur eſſe falſum id quod *Bart.* voluit *in dicta. l. ſi quis in principio teſtamenti. in* 3. *col. in nu.* 9. ſcilicet quod ſi vnicum tantum præceſſit teſtamentum, non requiratur mentio clauſulæ derogatoriæ, ſed ſufficiat derogatio generalis teſtamētorum ex eo, quod verba generalia, quæ vnicæ tantum ſpeciei aptari poſſunt, habentur pro ſpecialibus, vt in *l.* 2. *ff. de liber. & poſthu. & in l. fundus qui locatus ff de fund. inſtruct.* quod merito doctores reprobant, & optimè *Cuma.* quia nunquam præcedere poteſt niſi vnicum validum teſtamentum, & quia cū proteſtatio præcedens adimat voluntatem, verba generalia non poſſunt ad eam ſpeciem referri, ad quam voluntas non refertur: regula enim tex. *in dict. l.* 2. nō procedit: vbi contraria voluntas derogatoria actuū ſequentium præcedit, cū enim præcedit, nō ſignificatio communis, ſed ex ſingulari opinione eſt aſſumenda, ideòque *l. ſi quis in fundi vocabulo. ff. de lega.* 1. quæ inquit, quod ſi quis errauerit in rei nomine appellatiuo, aurum aurichalci nomine putans contineri, nihil agit, debet intelligi, niſi priùs expreſſè declarauerit ſe velle, quando aurichalcum legauerit, aurum dari, vel per contrarium, idem erit ſi quis dixerit, vbicunque Sempronium nominauerit, de Titio velle intelligere, vel econtrario. Ideoque ſi mulier timens ne à marito cogatur eum inſtituere, prius teſtata fuerit, vt ſi poſtea teſtamentum fecerit inſtituendo ſuum maritum vel proprio nomine, vel pellatiuo videatur fratrem, vel quemdam aliū inſtituiſſe, fallacia hæc aliam excludet, & qui

captare intendebat, captus reperietur.

De secundo testamento post decennium facto.

18 Rursus alia declaratio, quam ponit *Bal. in dict. l. sancimus. ad l. si quis in princip.* f. vt si quis secundum testamentum conficiat post decennium, non facta cõmemoratione prioris, in quo clausulam derogatoriam posuerat, valebit secundum, quasi videatur obliuione omisisse prioris derogationem, vera est secundum aliquos, alij verò eam reprobant, vt refert *D. Episcopus Segobiẽ, vbi supra vers. Nono non erit.* Sed ego existimo, quòd non semper ex decennij lapsu in re notabili, vt est testandi actus, obliuio præsumatur, vt notant doctores in *l. Peregre. in princicio. ff. de acquirend. possess. & in l. 1. in glos. C. de seru. fugitiu.* data tamen obliuione, non dubito, quin vera sit opinio Bal. vt secundum testamentum præualeat, etiam prioris nulla mentione facta, quod *Cuma. in dict. l. si. quis* in principio testamenti probat, & licet *D. Episcopus* existimet obliuionem potius contrariam sententiam astruere, quia si memor fuisset testator primæ derogationis, forsan secundum testamentum minimè fecisset, tamen hac in re contrarium ego verius existimarem, quia verba seruire debent menti, non autem è contrario: non enim quis non est ob id mutaturus testamentum, quia dixit se nõ mutaturum, sed ideò dixit se non mutaturum, quia eo tẽpore volebat nõ mutare: sufficit ergo mutare voluntatem, nec verborum obliuio poterit deliberatam voluntatẽ impedire: imò credendum est, si meminisset, priorem voluntatem specialiter reuocaturũ fuisse; nam potiùs verba apposuisset apta voluntati, quã voluntatem aptasset verbis, vt potior esset volũtas vltima. Nec obstat text. qui pro contraria parte probare videtur, licet doctores nõ eum inducant in *dicta. l. si quis in princip.* ibi, Sciens sæpe eidem legauerit, suprema voluntas potior habetur,] quasi tex. velit si ignorans foret, contra esse: tamen possumus respondere, text. loqui de eo, qui scienter legauerit bis, id est non obliuione, sed scienter multiplicans, & ita non referatur scientia ad priorem voluntatem, sed ad legata postea secuta, exempli gratia: si singulis ex famulis suis decem legauit, & bis Titium nominauit, errore, vel obliuione lapsus, non bis debebitur, sed semel, secus verò si sciens bis legauerit, & ita verba dictæ legis non obstant prædictę opinioni.

Contra episcop. Sego.

Intellect. l. Si quis in princip.

9 Deducitur etiam ex supradictis, quod, si adijcitur secundo testamento iuramentum, ex hoc tollitur primum quascunque clausulas derogatorias contineat, nulla facta de eis mentione, secundùm *Bal. in dict. l. sancimus, cum aliis relatis a D. Episcopo, versi. primo.* Quia cum iuramentum tres comites debeat habere, inter quos est veritas, & iudicium, vt in *cap. & si Christus. extrau. de iureiurand. & per S. Tho. 2. 2. q. 89. art. 3.* clarum est quod vbi interponitur iuramentum, actus videatur ita deliberatus, vt non sit dubitandum, iurantem voluisse omnino actum valere, vt suprà diximus. Per contrarium, etiamsi prius testamentum fuerit iuratum, doctores volunt, vt per consequens non reuocetur, nisi de eo fiat mentio: quod videatur ex iuramento clausulam derogatoriam sequentis habere, secundum *Bar. in dict. l. si quis in princi. in col. fi. cum aliis* quod refert *Dominus Episcop. vbi supr. num. 19. in fi.* hæc tamen opinio omnino falsa est, quod vt euidẽtiùs ostendatur, notandum, quod dupliciter potest interponi iuramentum in testamento, primo modo apponendo simpliciter iuramentũ, secundo modo iurando expresse se nõ reuocaturum illud testamentum, inter quas species maximè interest, licet *D. Episcopus* eas confundat Nam si primo modo concipiatur, iurans se velle valere id testamentum, illud iuramentũ intelligitur secundum testamenti naturam, vt *l. fi. C. de non numerat. pecu.* quæ est, vt tunc velit valere, sed postea possit mutare, nam verum est, etiã si non iurasset, se velle valere illud testamentũ eo tempore, quo id fecit, quia quilibet præsumitur sentire id, quod dicit, vt in *l. Labeo. in §. idem Tubero ff. de supell. lega. & l. ille, aut ille. in §. cum in verbis. ff. de lega. 3.* remanet ergo in ea specie iuramentum in meris terminis testamenti, sicut si quis iuret se velle Titium esse suum procuratorem, poterit sine periurio reuocare: non enim ex iuramento mutatur natura actus, nisi iuramentum apponatur ad eam mutandam, vt in secunda specie supra posita, quando iurat se nõ reuocaturum testamentum, nam tunc aperte iuramentum interponitur ad testamenti immutandam naturam, in qua specie etiã doctores, ex sententia mea, apertissimè errant, asserentes habere vim clausulæ derogatoriæ, adeò vt secũdum testamentum nõ valeat, nisi istius clausulæ, seu iuramenti mentio fiat, quia negari non potest in hoc secundo nõ deficere voluntatem claram, ergo non requiritur derogatio. Præterea falsũ est, iuramentum habere vim clausulæ derogatoriæ in futurũ, licet habeat in præteritum: quis enim negauit maximè interesse, si ita dicã, si Titio decẽ legauero, nolo vt aliquid habeat, vel si dixero, iuro me Titio nihil legaturũ. Nam si legẽ in prima specie, non venio contra priorem voluntatem, sed eam adimpleo legando verbis, non re, in secunda verò specie venio cõtra voluntatem, & contra iuramentum, ideo dispositio tenet, quia constat de voluntate in materia, in qua plus potest voluntas, quàm iuramentum: & discrimen harum specierum apparet, nam si in priori adijciam iuramentum, putà dicendo si Titio decem legauero, nolo sibi deberi: idque iuro: si postea legem, nõ venio contra iuramentum, imò id eius implementum respicit, secus in secunda specie: apparet ergo manifestè, quod virtus iuramenti in futurum de se non habet vim clausulæ derogatoriæ, quicquid malè doctores velint, verũ tamẽ, est quod si quis immemor iuramenti priori testamento adiecti, de eo non reuocando, secundum testamentum conficeret, nullum fore esse secundum testamentum, non quod iuramentum

Turrecre. c. quod bene, 6. q. 4.

tum videatur habere clausulam derogatoriam in futurum, sed quod verisimile sit, si recordatus esset prioris iuramenti, non recessurum à priori dispositione, nec violaturum iuramentũ, & ad istam speciem applicatur optimè id, quod *R.D. Episcopus* inquit, allegando glosam *in cap. cũ non deceat. de elect. lib. 6.* quod derogatio canonum, vel statutorum non extenditur ad illa, quibus iuramentum est interpositum. Id enim verum est, quando ignorauit ille, qui derogauit iuramentum, vel si, quando fit scienter, potest derogatio ad alia non iurata referri, quod optimè probat nostram sententiam, ad alios tamen casus in quibus *D. Episcopus & doctores* loquũtur, nihil facit dicta glossa.

Vltimo, vt huic capiti finem imponamus, D.
6 Episcopus dubitat vtrum quando requiritur specialis mentio, sufficiat clausula, quorum tenores &c. & refert stylum curiæ cum *Anton. de Butr. in consi. 2.* in quo dubium non est illam sufficere secundum stylum curię, imo vulgo dici solet sub clausula quorum tenores, posse venire, & plaustrum, & boues.

CAP. XV.

Vtrum Archidiaconi & alij habentes iurisdictionem visitare possint.

SVMMARIVM.

1 *Archidiaconus solum potest visitare, si hoc habet de consuetudine, secundum doctores.*

2 *Omnis qui habet iurisdictionem potest visitare, & tenetur.*

3 *Capitulum, sede vacante, vtrum possit visitare?*

1 QVæstionis est apud Doctores, vtrum qui habet iurisdictionem possit visitare, nam & de Archidiacono est quæstio, licet text. expressè hoc dicat in *cap. 1. de offi. Archid. & cap. mandamus eod. titu. & glos. in c. cum satis. eod. titu.* id concedi, si ita se habeat consuetudo, quæ interpretatio ad cap. 1. difficilis videtur, quia id canõ præcipit, & absurdum est dicere opus esse consuetudine, vt lex sit seruanda, cùm potius ad eã excludendam sit necessaria contraria consuetudo præscripta, vt *C. de heret. & Manic. l. Arriani. cum cõcordant. & in l. omnes populi.* Nam facile omnia præcepta legum eluderentur, si ista interpretatio admitteretur, tamen doctores interpretationem glo. sequuntur, vt refert *Paum. in tract. de visita. quæst. 2. nu. 33. cum sequent.* vbi dicit quod Episcopus de iure visitat, alij verò solum quatenus ostendant de consuetudine sibi competere idem tenet *Maria. Socinus tract. de visitatio. lib. 4. nu. 4. quæst. 8. & l. 6. q. 7. nu. 9.* post. *Hostiens. in summa de offi. Archidia. §. pen. vers. patet. & Io. And. in dict. cap. mandamus.* Nam & *glos.* etiam *in Clem. 1. de hereti. verbo capituli* dubitat, an capitulum visitare possit sede vacante, cùm tamen non negetur capitulum iurisdictionem habere vacante sede, & in ciuilibus, & in criminalibus, vt nota per *gloss. Perus. & alios in cap. 1. de maio. & obedi. lib. 6. de commu. Felin. cap. is qua nu. 2. & 3. eod. tit.*

Sed ego credo quod in hoc sit attendenda consuetudo, an Archidiaconus habeat iurisdi- 2
ctionem, vel non, nam si detur Archidiaconus, qui habeat iurisdictionem, non solum visitare poterit, verùm necessario id facere tenebitur, omnis enim ille, qui iurisdictionem habet, non solum visitare potest, sed tenetur, cùm ad eum spectet prouinciam suam malis hominibus purgare, quod visitando, circũeundo, & inquirendo fit, *ff. de offic. præsid. l. congruit. & l. 3.* sentit *Soci. nu. 4. q. 10.* & ita potest hæc exercere quicunque iurisdictionem habet. Quæstio autem doctorum, & dubitatio posset incidere ratione procurationis, quam vocant, quæ visitantibus dari solet, de qua *in titul. ext. de censib.* an istam procurationem alij visitantes quàm Episcopi exigere possent, vt de charitatiuo subsidio, à quo eos excludit, nisi consuetudo eis concedat, secundum *Abbat. in c. cum Apostolus nu. 6. extra de censib.* fortè huius procurationis doctores rationem habuerunt, ipsamque quæstionem mouit, sicut fieri solet, vt de pecuniario commodo non sit leuis tractatio, de spiritualibus autem, non ita curetur, ideò inter doctores de hoc magis controuerti solet, si enim visitans Achidiaconus eleemosynas elargiretur pauperibus, & de suo distribuendo, non de colligendo tractaret, nec aliquis eum impedire iure posset nec de facto forsan impediretur, sed hodie in his obseruanda sunt decreta *concilij Tridentini. Sesion. 24. cap. 3.*

Quicunque iurisdictionem habet visitare tenetur.

Quod verò de Capitulo sede vacante quæ- 3
ritur, maiorem dubitationem habet, cùm non ita necessarium videatur, vt visitatio fiat à capitulo, quia subsidiaria est eius iurisdict. & cito finiri speratur per Pastoris electionem, ad quem hæc visitatio pertinet, & cuius vice capitulum eam facere posset, si tamen vel diu duraret vacatio sedis, vel diocesis egeat visitatione, & dilationem pati non possit, non video quare non possit visitare Capitulum, sed nisi dicta necessitas vrgeat, melius est abstinere, ne magis ambitiosè, quàm charitatis zelo negotium, quod solet esse longioris indaginis, paucis diebus exercere velit. hoc sentit *Maria. Soci. in cap. qualiter & quando in nu. 66. de accusatio.* facit text. in *l. si longius in prin. ff. de iudicijs. Et in l. si pater absit. ff. de ritu nuptia.* facit in argumento *l. si prætor. in fi. ff. de vacatione muner. & in l. præsi cum l. præcem. ff. si certum petat.* Sed tempus exigit, vt huic operi τριμερῆ αἰτίῳ finẽ imponamus. Nam & is, qui ad maius auditorium vocatus est, si litem inchoatam deserit, contumax non videtur,] vt eleganter inquit *iurisconsultus Iulius Paulus, in l. contra pupillum in §. is qui ad maius. ff. de re iudica. & effect. sententia.*

Capitulum sed vacante quando debeat visitare. Vide. c. cum nullus in §. episc. de tempori ordi. lib. 6.

SELECTARVM INTERPRETATIONVM

LIBER QVARTVS.

IN RVBRICA DE liberis & posthumis instituendis vel exhæredandis.

SVMMARIVM.

1 *Hic agitur de posthumis liberis.*
2 *Quis dicatur propriè posthumus, & de intel. l. 3. in § posthumos, de iniusto rup. & infra.*
3 *De intellectu l. 3. in § nominatim. de iniusto rupto.*
4 *Quæ dispositio dicatur fauorabilis, vel odiosa.*
5 *Querela inoffi. testa. est odiosa & nu. 7.*
6 *Exhæredatio an sit odiosa, vel fauorabilis.*
7 *Intellect. l. si pars iudicium, de inoff. test. & nu. 5.*
8 *In statutis appellatione posthumi quis comprehendatur, & infra nu. 10.*
9 *Quando verba sunt limitata ratione frequentiæ extenduntur ad casum inopinatum etiam in materia odiosa.*
10 *In statutis appellatione posthumi venit solus proprio posthumus, & supra nu. 7.*
11 *L. fi. C. eod. non habet locum in exhæredatione.*

DE liberis & posthumis inscribitur hic titulus, quasi posthumi non sint de liberis, cùm tamen posthumus dici non possit, qui de liberis non sit: vt in *l. 3. infra titul. 1 de iniusto rupt. vers. posthumos autem dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascuntur.* Nam licet alienos posthumos dicamus, vt. §. *posthumo quoque alieno. insti. de leg.* tamē alienos dicimus ratione suitatis vel potestatis, non quod de liberis non sint, vt in *eod.* §. ponitur exemplum in nepote ex filio emancipato concepto, & facit tex. in *l. vnic. in §. extraneum. C. de rei vxo. actio.* alioquin nullus esset, qui mille posthumos, in mundo non haberet, cùm tamen multi sunt qui posthumos habere non possunt, vt *infra eod. in l. si quis posthumos. in prin. cum multis aliis,* maximè, quia cum sub. loquatur de posthumis instituendis, vel exhæredandis, ad eos, qui de liberis non sunt, referri non potest vt *infra de verb. oblig. in l. quidam cum*
1 *filiu m.* neque referretur etiam si ex hac interpretatione vitaretur turpitudo, vt in dicta. *l. si quis posthumos in vers. sed si ex ea.* vbi *Vlpianus* inquit sed si ex eo quæ alij nupta sit, posthumum quis hæredem instituerit, ipso iure non valet quod turpis sit institutio] Sed huic difficultati possumus facilè respondere, quia vbicunque ponitur aliquid generale, & postea subsequitur specialius, quod sub illo genere comprehendebatur, cùm copula ostenditur. quòd licet ex de genere in illo titulo agatur, principaliter tamen agitur de illo speciali, quod exprimitur, vt apparet in *titu. C. de seru. & aqua,* & in euang. Dicite discipulis eius, & Petro] scilicet præcipuè vel maximè, sic de liberis in hoc titulo agitur, sed maximè de his, qui posthumi sunt, ex quo dubia est quædam resolutio *Bart. in l. 1. col. 2. in princ. infr. de reb. dub.* sed de hac alibi dicemus, quia non pertinet ad materiam tituli nostri.

Posthumorum autem quinque sunt species secundum *glos. in rub. C. isto titul. posth. hæred. instit.* propriè tamen is dicitur posthumus, qui post mortem patris nascitur, quod ex vi verbi colligitur: posthumus enim dicitur quasi post humationem natus: vt *infra tit. proximo in l. 3. §. posthumos.* & quod ille dicatur propriè posthumus, 2
qui post mortem nascitur, notat *glos. & Bartol. infra isto in l. Gallus, in prin* & tenent omnes Doctores secundum. *Bar. Sec. hic, col. 1.* & latè per *Deci. C. de bonis posth. contra tabul. in l. fi. numero 1. & numero 16.*

Sed contra istam communem sententiam allegantur duæ leges: altera suprà *de test. tutel. in l. si quis ita in §. fi. altera infr. tit. proximo in l. 3. §. nominatim,* in quibus posthumus dicitur natus in vita patris, si post confectum testamentum nascatur, nam si quis posthumis tutor in testamento detur, & filio post testamentum in vita patris nato datus videtur, vt in *d. l. si quis ita.* Si posthumis, inquit *Vlpianus,* dederit tutores, hi qui viuo nascantur, an datio valeat. & magis est, vt vtilis datio fiat, etiamsi viuo eo nascantur: ad illam legem Iaso, hic videtur respondere, quòd ex eo ibidem natus in vita parentis appellatione posthumorum, venit. non quòd is propriè posthumus sit, sed quia materia fauorabilis est, in qua latior fit interpretatio. vt non propriè posthumus, qualis est natus in vita comprehendatur: sed contra istam solutionem quam ponit Iaso. facit *illa altera l. 3. §. nominatim. sup. alleg.* quæ in materia etiam odiosa exhæredationis posthumum in vita natum appellatione posthumi vult comprehendi,

De intellect. l. si quis. ita. de testa tutel.

Contra Iaso.

3 *De intell. 3. § nominatim.*

prehendi, nam si quis posthumum suum exhæredem faciat, isque viuo testatore nascatur, rectè exhæredatus videtur, ideoque tanquam præteritus non rumpit testamentum: inquit *Vlpianus*. Si dixerit posthumus exhæres esto, natus vel post mortem, vel viuo testatore non rũpet.] ad illam l. respondet *Bar Soci.* hic fauorem testamenti id efficere, vt filius in vita post testamentum confectum natus, qui impropriè posthumus est, in exhæredatione de posthumo facta comprehendatur: nam si non comprehenderetur in ea exhæredatione tanquam filio prætertito rumperetur testamentum, & ita testamenti fauor id efficiat, qui maior sit, quàm exhæredationis odium.

Contra Soci.

Sed hæc solutio Soci. falsa est, nunquam enim fauor testamenti efficiet, vt exhæredatio, odiosa non sit, vt expresse probatur in *isto nostro tit. in l. cum quidam & l.* 1. vbi exhæredatio odiosa est censenda licet ab ea vires testamenti dependeant, quod si solutio Soci. vera esset, nũquam exhæredatio diceretur odiosa, sed fauorabilis vt testamentum cõseruaretur, quod nullus vn-

4 quam dixit, & est contra prędictas leges.

Item vt dispositio fauorabilis dicatur attenditur, an in ea fauor principaliter versetur alioquin si id quod in consequentiam resultat, consideratur, nulla dispositio fauorabilis est, quæ per contrarium odiosa dici non posset: nam testamentum quod maximè fauorabile est, damnum & odium venientium ab intestato continet, id tamen non attenditur, sed id quod principalius est, vt dispositio fauorabilis, vel odiosa censeatur, vt probatur *supra de condi. indebit. in l. qui exceptionem.* & faciunt not. *in l. si quis neque causam & in l. rogasti. sup. Si cert. petat.* bonus text. in *l. cum ex oratione. §. fin. supra. de excus. tuto.* cum his, quæ notat. *Bal.* per illum text. *in l. quod fauore. colum* 2. *C. de legi. & Soci. infr. de exceptio in l. non vtique in* 2 *col. &* plura accumulat *Gome. in reg. de non toll. iur. quæsi. in q.* 3. & latissimè *Tiraquel. in tract. de vtroque retractu in* 1. *Part in* §. 30. *in glo. num.* 4 *cum sequent.* & etiam in *num.* 2. & quòd nõ possit dici dispositio partim odiosa, partim fauorabilis. sed quod principalius debeat attendi, defendit not. *Deci. C. de in ius vocan. in l. venia edicti in* 2. *col. in fi. cum sequen.* quo fit vt contra *Soci.* exhæredatio non possit dici fauorabilis, nec quod fortius est, partim odiosa, partim fauorabilis, sed simpliciter odiosa: sicut etiam videmus vbicunque materia natura sua est pœnalis, semper est odiosa, licet fauorem contingat in consequentiam: nam pœnæ delictorum odiosæ sunt restringendæ, vt *infra de pœnis in l. absentem. & in l. si de interpretatione* licet fauorem reipublicæ cõtineant, vt suprà ad *l. Aquil. in ara vulneratus. & supra de offi. præsid. in l. congruit.* & tamen odiosæ à legibus habentur, quia damnum & pœnam infligunt, quod est notandum ad interpretationem *cap. licet Canon de electio. lib.* 6. in quo quia pœna imponitur, licet fauore animarum inducatur, strictè debet fieri interpretatio, quicquid aliqui teneant, quod latius non examino, quia nõ est materia nostri titu. hoc latiùs declarauimus. supra. lib. 1. cap. 12. vbi interpretati sumus vulgarem illam doctrinam *Bart. C. de agri. & censi. lib.* 11. *in l. quemadmodum. & sup. de his quæ notantur in fam. in l.* x. *§. exercitum*, de quo per *Deci. infr. de regulis, in l. semper. numero.* 3 *& per Ias. in isto tit. in l. cum quidam.* satis est, quòd in proposita specie nostra verum sit, exhæredationem odiosam & pœnalem esse, vt in ea strictior & non latior interpretatio fiat, contra *Soci. nu.* & ita eius solutio ad d. leg. 3. non est admittenda.

Vnum tamen notandum est, antequam ad veram solutionem huius difficultatis veniamus 5
quod mirum videtur, scilicet quærelam inofficiosi testamenti quæ inducitur ad excludendam exhæredationem, quàm odiosam probauimus, odiosam esse, vt notat glo. quæ in hoc est vera. *C. de in integ. resti. in l.* 1 *in glo pen.* nã quærela pœna iniustæ exhæredationis est, & quęrela accusatio dicitur, vt supra *de inofficio. testam. in l.* 2. *& in l. posth. in §. fi. & in l. Papin. in princ. & §.* 1. in quibus legibus omnino supradicta probãtur, & est expressum *in illo titu in l. si pars iudicantium.* Vbi *Marcellus* inquit, Si pars iudicãtium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi eius partis sententiam, quæ secundùm testamentum pronuntiauit.] Qui text. videtur expressus pro Socin. vt in exhæredatione magis fauor testamenti, quàm odium exhęredationis consideretur, & ita repugnare videtur, exhęredationẽ esse odiosam, & quęrelam etiam, quæ aduersus exhæredationem inducitur, odiosam censeri. 6

De interpretatione l. si pars iudicantium.

Sed pro resolutione notandum est, quòd exhæredatio odiosa est, quantum ad productionẽ, ideo maximè restringenda est, ne de casu ad casum, vel de persona ad personam extendatur vt non videatur exhæredatio facta, vt infrà *isto tit. l.* 2. *& in d. l. cum quidam*, semel autem constituta exhęredatione, valideque facta, in qua & voluntas testatoris, & solennitas non deficiant, si agimus de ea destruenda, quia licet valida sit, tamen iniustè factam filius queritur: in hac specie quęrela, quæ contra exhæredationem intenditur, odiosa est, magis quam ipsa exhæredatio, & pro exhæredatione contra quærelam fit interpretatio: vt in *dict. l. si pars iudicantium.* primum enim est, vt exhæredatus filius non censeatur, si id efficere possumus, vel restringendo exhæredationem, vel ex voluntatis defectu, vel ex solennitatis omissione, vt in *d. l.* 2. *& in d. l. cum quidam.* & ita in dubio exhæredationem nullam esse iudicamus, admisso tamẽ, vt filius ritè sit exhæredatus, ita vt testamentũ à principio constiterit, si filius se iniustè exhæredatum quæratur, cùm pro patre sit præsumptio, qui filium exhæredauit, non enim temerè & sine causa contra filium proprium credendus est pater insurrexisse, vt suprà quòd

met causa.in l.isti quidem,& C. de curat. furio in l.si. potior est causa exhæredationis, & ita in dubio, pro testamento & exhæredatione contra quęrelam stabitur, denique primum est, filium non esse exhæredatum, secundum verò filium ritè exhæredatum, iustè exhæredatum fuisse.

Singularis interpretatio. d.l. si. pars.

Ex his deducitur sententiã *Marcelli in d.l.si pari iudicantium*, veram esse, si in iudicio agatur de iustitia vel iniustitia exhęredationis, tunc enim in dubio secundum testamentum, & pro exhæredatione pręsumendum est. Secus autem si contendatur exhæredationem nullam esse, nec verbis exhæredationis filium comprahendi, tunc enim contraria sententia erit verior, vt eorum sententia præferatur, qui pro filio contra exhæredationem iudicauerint, & hoc videtur expressum *in d.l.2.*

Et hic intellectus ex eo probatur, quia quærela inofficiosi testamenti præsupponit testamentum à principio voluisse, & ita exhæredationem ritè fuisse factam, alioquin si testamentum nullum esset, non posset rumpi per quærelam, vt *inf.de iniust.rump.l.nam etsi sub conditione. in § rumpendo,& in vers.post defectum. cum ibi notata per glo.& notat, infr.isto titu.l.3.in § si. quod est notandum*, quia à Doctoribus nostris non ita explicatur.

Redeundo igitur ad intellectum text.in *d. l. 3. in §. nominatim. in illo text.* de hoc agitur, vtrum filius exhæredatus sit, vel non, quare tanquam materia exhæredationis odiosa restringenda est, vt filius exhæredatus non sit, contra Bar. Soci. Sed tamen in ea materia posthumi appellatio, filium natum in vita testatoris post testamẽtum comprehendit, ergo is propriè posthumus est, quia in odiosa materia exhæredationis appellatione posthumi compręhendatur: & ita regula communis quòd propriè posthumus dicatur, qui post mortem tantum nascitur dubia videtur, licet Soci. malè exhæredationis materiam fauorabilem appellauerit.

Intellectus Alexand. ad d.§. nominatim

Alex. autem *in hac rubr.* defendendo communem opinionem respondet, quòd licet propriè posthumus is sit, qui post mortem nascitur testatoris, tamen iuris interpretatione, & quo ad effectum etiam ille dicitur posthumus, qui ante mortem post testamentum conditum nascitur. Sed hęc solutio. Alex. falsa est, & contra mentẽ omnium doctorũ, qui in statutis nolũt comprehendi posthumi appellatione eum, qui in vita post testamentum factum nascatur, vt per *Bart.& dd. infr. isto tit: in l. Gallus, in prin.* quod falsum esset si iuris interpretatione essent æquiparari, posthumus qui nascitur post mortem, & ille, qui nascitur in vita post testamentum factum, iuxta notata per glo. *C.de furt. & seru. corrup.l.si.quis seruo alieno.* nam statuta interpretationem passiuam recipiunt à iure communi: vt *§. de noxal. act. in l. si serui vestri.* & facit text. *sup. de test. in l.cum lege.* item frustra *Vlpianus in d.l.3 in §. posthumos.* vim & proprietatem verbi posthumi interpretatur, si illa interpretatio nunquam esset attendenda, item *Vlpianus*, ita præcisè *in eodem text.* loquitur, vt nullus alius posthumus dici posset, nisi verbum contra naturam suam extẽdẽdo, præter illum, qui post mortẽ nascitur, inquit enim. Posthumos autem dicimus eos dũtaxat, qui post mortem parentis nascuntur.] Et licet glo. idem dicat, quòd *Vlpianus* statim se ipsum corrigit *in vers. sequenti*, tamen verius est, quòd glos. etiam ibidem ponit, vt propria vis & natura verbi ibi explicetur, in vers. autem sequenti impropriè, & latius id verbum posthumos assummatur, ideo contra Alexand. verius puto istam ęquiparationem, quam ipse ponit, non semper à lege fieri, sed materiam & intentionem inspiciendam, vt in posthumus, qui proprię posthumus non est, compræhendatur, vel non, appellatione posthumi, & aliter in materia odiosa, aliter in fauorabili, fiet interpretatio: aliter in legibus iuris communis, aliter etiam in statutis, & ita exclusa solutione Alexandri remanet adhuc prædicta difficultas.

Ideo ad istam difficultatem ex mente *Philip. Decy*, licet ipse non ita clarè explicet in *d.l.si.C de bonis posse.contra tab. nu.* 16. possumus respondere, quod licet verum sit, filium, qui in vita patris condito testamento nascitur propriè posthumum non esse, tamen ex mente & voluntate defuncti comprehenditur sub posthumi appellatione, etiam in materia odiosa exhæredationis, vt in *d.§. nominatim.* Si enim odiosa non esset sine dubio comprehenderetur, vt in *dicta.l.si quis ita.§. si. supr. de test. tutel.* neque est nouum, vt contra verborum proprietatem dispositio in vnum casum collata, ad alium trahatur ex defuncti voluntate præsumpta, vt in *legibus per Deci. allegatis*, & probatur *infra eod. in l.Gallus §. & quid si tantum.cum concordantijs ibi allegatis & C.de insti. tu.& substitu. sub condi.factis.in l.Si mater.* & in materia etiam stricta est expressum. *C.de donationibus, quæ sub modo in l.si.* hæc solutio quam ex Decio colligimus vera est, non tamen omnino explicat quo pacto testatoris voluntas recedendi à proprietate verbi colligatur, maximè in materia ex hęredationis, in qua indubio interpretamur, filium non esse exhæredatum: vt supra latius diximus: & est expressum *infra eod.l.* 2. quia non temere à propria significatione recessisse credendus est testator: vt *infra, de lega.3. l. non aliter.de vsufruct. legat. l. Si alii fundum.* neque enim testator aliud voluisse creditur quàm quod eius verbis significatur, vt *infra de supellect.legat. lege labeo.§.idem Tubero.* maximè vt diximus in materia exhæredationis, in qua tanquam odiosa, vt à testamento excludatur, stricta debet fieri interpretatio, & proprijssima. Itaque specialius cõsiderandum est, quo pacto voluntas defuncti colligatur, vt in exhæredatione post humilis, qui in vita post testamentum factum nascitur, comprehendatur, in quo non recedendo à communi opinione distinguendum censeo, inter verba statutorum, & verba testantis, vt in statutis,

Intellect. Decy ad §. nominatim.

solum

solum posthumus, qui post mortem nascitur comprehendatur: in testatoris autem dispositione siue materia sit odiosa; siue fauora-
8 bilis contrarium obseruetur, neque intersit siue post mortem, siue ante mortem, post conditum testamentum nascatur, non quòd natus in vita propriè posthumus sit, sed quia de eo sensit testator ea ratione, quia quasi moriturus statim de rebus futuris loquens, eas post mortem suã exituras credidit, & ideò si in vita contingant nõ aliæ sunt quàm eæ, quas post mortem suam futuras existimabat, & sic filium suum nondum tempore testamenti natum posthumum appellat, existimans se mortuo nasciturum, secundũ quam cogitationem proprium nomen ei adaptauit, hoc bene sensit *Alciatus hic.* in quem post hæc scripta incidimus, & hanc cogitationem considerant leges, vt probatur. *C. qui testa. fac. poss. in l. hac consultissima. in §. at tum humana fragilitas.* & testatoris existimatio etiam errore inducta, consideranda est in eius volũtatis interpretatione, vt colligitur ex *Paulo iuris cons. infra de hered. inst. l. quo loco. in §. fi. & ex Pomponio. infra de acquiren. hered. l. Si quis extraneus in §. 1. & ex Vlpiano. infra. d. triti. vin. & ole leg. l. 1.* & elegantet *Iabolenus infra de lega. 3. l. heres meus. §. duæ statuæ.* Ibi, potest videri non putasse, &c.] & hoc est quod dici solet, quod in his quæ pendent ex volũtate nostra, magis inspicitur opinio, quàm veritas: tex. & *Bar. numero 4. in fi, infra de acquir. hered. in l. gerit. facit* quod dicit *Sal. C. de edend. in l. 1. 2. oppos.* quo fit, vt si talis filius, quem posthumũ appellauit, præter eius opinionem, eo viuo nascatur, non ideo minus sub exhæredatione de posthumo facta comprehendetur, cùm de eo senserit testator, qui tamen ex sua existimatione, nomen propriissimũ ei adaptauerit, licet euentus à testatore inopinatus improprium id nomen effecerit, & pro hoc est tex. *infra isto tit. in l. Titius. §. Lucius,* vbi si quis vterum vxoris suæ hæredem instituat, si tamen eo ignorante, eo tempore vxor enixa fuerit, filius natus institutus videbitur, licet extra ventrem fuerit, & expressius habetur in *l. fi. C. isto tit.* vbi tex. loquitur in fortioribus terminis, nam plus est institutionem illam filium qui me mortuo nascetur instituo, natum in vita post conditum testamentum, comprehendere, ratione mẽtis præsumptæ ex testatoris cogitatione, qui eum post mortem nasciturum putabat, cùm verba repugnent: quod verũ posthumum ad natum in vita post testamentum trahere, cùm saltem latius extendendo verbũ posthumus tũ comprehendat, neque est ita dura interpretatio hæc, sicùt illa, ibi etiam mutatio verbi requiritur, hîc vero sola extensio, vel latior interpretatio sufficit sine aliqua verbi mutatione, & pro hoc faciunt etiam notata. *infra. in l. Gallus. in prin.* vbi omnes volunt, quod in Galli Aquilij formula, admittatur natus post decẽ mẽses, si in duobus diebus proximis nascatur, licet id verba non cõprehendant, imò excludere videatur, & ita etiam intelligi debet tex. *in c. eam te. de rescriptis,* ibi, cum tempore. &c. cui ex supradictis potest adaptari optima ratio, & ad hæc facit etiam illa regula vulgaris, quod vbi verba te. 9
stringuntur ad aliquem casum certum ratione frequentiæ; si alius insolens casus contingat, etiam ille casus comprehenditur, siue materia sit restringẽda, siue ampliãda, siue pœnalis, siue fauorabilis, vt est glo, & ibi eam notat *Ioan. de Imola extrau. de rescrip. in clem. 1. in verbo præsid. glo. etiã. C. de sacros. ecc. in autent. cassa & irrita. in verbo, per Italiã. gle. etiam vbi not. Ius. in fi. de vulg. & pupil. in l. 2. in verb. filio. &* plura cumulat *Tiraquel. in tract. de vtroque retract. in 1. par. in §. 20. in glo. 1. nu. 4. cum pluribus sequent.* & est bonus tex. *de non alienan. aut permutã. reb. eccle. in §. Si vero in perpetua. in fi. col. 2.* tex. etiam *C. de ædif. priua. in l. Per prouincias.* not. glos. *in l. 1. C. quibus muneribus nemini licet se excu. lib. 10.* & ita in casu nostro testator ad eum solum casum verba contulit, qui eum solum futurum spetauit, nam quasi statim moriturus disposuit, quæ cùm in statutis cessent (nõ enim ea cogitatione qua testator, statuendus tenentur) si in illis de posthumis fiat mentio, solum propriè posthumi ve- 10
nient, id est illi, qui post mortem nascentur, & idem dicendum esset in testamentis si testator de posthumo cuiusdam tertij mentionem fecerit, eum instituendo: quod hodie potest, vt *infra in l. Gallus.* latiùs dicetur: cessat enim prædicta cogitatio, qua testator loquendo de filio proprio tenetur, quæ efficit, siue de materia fauorabili sit, vt institutionis, siue odiosa, vt exhæredationis, vt filius in vita natus post testamentum, posthumi appellatione comprehendatur, cùm mens defuncti, quæ ex aliquabus coniecturis potest comprehendi, si verba ex toto non repugnent, prorsus obseruanda sit, etiam in materia odiosa, & ex istis cessabunt omnia doctorum inconuenientia, & ea quæ in omnibus nimius *Fortunius Garsias infra. isto tit. l. Gallus. col. 29. nu. 39.* congerit in ista difficultate.

Quęstionis ramen esse posset, verba enim 11
repugnare videntur, vtrum *d. lex. fi. C. de posth. hered. inst.* in exheredatione locum haberet, in quo verius existimo, aliud esse in exhæredatione, quia in exhæredationibus ex præscripto agitur, neque mens etiam clara sine verbis est attendenda: vt dicemus *infra eod. in l. 1. & in l. 2.* nam licet supra inter materiã odiosam & fauorabilem non distinguamus, id verum est, vbi de mẽte constat, & verba saltem latius extendendo non deficiunt: at in exhæredatione concepta secundùm speciem, *d. l. fi.* verba deficiunt, & hoc puto verius, pro quo facit tex. *infra isto. tit. l. cum quidam.*

De inte 'il fin. C. eod.

Et his omnibus duas species posthumorum annotabimus, alij enim posthumi, qui post mortem testatoris nascuntur, & hi propriè posthumi sunt, alij, qui ante mortem facto tamen testamento, qui re ipsa propriè posthumi non sunt: testantis tamen cogitatio & mens efficit, vt posthumorum appellatione in quacunque materia contineantur, in quorum similitudinẽ

& hi posthumi dicuntur, qui post factum testamentum arrogatione agnascuntur, vt notatur *infra eo l. si quis posthumos.* & *in d. Rub. C. eod.* sic si filius legitimetur quasi posthumus etiam agnascitur, vt notat *Alber. C. de natural. liber. in rub. nu.* 15. filius enim naturalis tantum nec suus nec necessarius patri est, nec ei inuito succedit, vt not. *infra de bon. poss. contra tab. l.* 1. *in glo.* legitimatione verò secuta agnascitur, & efficitur suus patri, vt per *Sect. hic & Dect. d. l. si C. de bonorum pos. contra tab.* ideo si prætereatur testamentum redditur nullum, & ius dicendi nullum habet: secundum communem opinionem, vt per *Alex. & Ias. hic*, de quo tamen iure dicendi nullum, quia malè per dd. id inducitur, vide quæ dicam *infra isto tit. l. si à primo* cęteras posthumorum species explica vt per recentiores hîc, quid fusius de hac re loquuntur, nos ad leges nostri tituli deueniamus, & vide quæ dicemus. *infra isto tit. in l. Gallus. in* §. & *quid si tantum, in nu.* 73.

Summarium.

EX. L. I.

1 *Præsumitur pro habente instrumentum quod sit is de quo ibi fit mentio.*

2 *Quando intersit nomen, dignitas, vel qualitas exprimatur.*

Qvid sit nominatim exhæredari videamus, nomen, & prænomen, & cognomen eius dicendum est, an sufficit vel vnum ex his? & constat sufficere.

1 Præmittendum est, quod iure isto filius suus, debet nominatim exhęredari, vt exhæredatio valeat; reliqui verò descendentes inter cęteros exhæredari possunt, vt *in prin. de exhered. lib. in inst.* Ius enim antiquum, quod corrigitur *in* §. *sed hæc quidem vetustas. eod. tit. de exhered. lib.* fuit obseruatum tempore digestor vt latius apparebit ex his, quæ dicemus. *infra l. seq.* vt autem nominatim filius exhæredatus videatur, sufficit eius exprimere nomen, prenomen, vel cognomen, vt in hac *l.* idem si officium, vel artificium exprimatur, vt est text. *infra de manumis. test. l. nominatim.*

Sed opponitur quod non sufficiat solum nomen exprimi, vt dispositio clara sit, & certa: *vt supra de test. tutel. l. duo sunt Titij.* vbi si Titius detur tutor, non valet datio, si plures sunt Titij, tanquam incerta, ergo non sufficit nominis expressio, sed ad illum tex. potest respondeti, quod procedat vbi ex solo nomine nō inducitur certitudo, tunc enim non sufficit exprimere nomē solum vt in *illa l.* & *super de rei. vend. l. si in rem. cum ibi notat.* Secus autem vbi certitudo inducitur, vt in nostra, l. vt not. glo. fi. hîc, in exhæredatione enim semper ferè ex solo nomine certitudo inducitur, cùm ad extraneum exhæredatio referri non possit, nam exhæredare extraneum inepta res est, vt inquit tex *infra de verb. obl. l. quidam cum filium.* filij vero rarò plures eod. nomine nūcupantur, denique quælibet nota, qua certitudo inducatur, sufficit, vt nominatim factum videatur, vt hîc & *supra de test. l. heredes palam. in* §. *sed si notam.* & not. *C. qui testam. fac. possunt in l. hac consultissima.* & ideo secundum *Bar. hic.* sufficit in instrumento publico nomen propriū poni, nec requiritur prænomen, si ex eo inducitur certitudo, & not. quod semper videtur induci certitudo, nisi alius eiusdē nominis appareat, neque sufficit allegare posse alium reperiri. secundum *Bar. infra de leg.* 2. *l. si quis seruum. in* §. *cū inter duos. in fi.* nomine præsumitur pluralitas: vt latius per *Alex. hic.* quod puto verum, nisi nomen ita esset vulgare, vt mille hominibus eiusdem nominis obuius sis, vt ridiculum esset solum nomen Petri, aut Ioannis instrumento apponere, cùm ex eo solo nulla inducatur certitudo. Considerandum tamen est, quod præsumitur eum esse in instrumento contentum, penes quem instrumentum reperitur, ex his quæ not. *Paul. de Castro in l. Mema in* 2. *col super solu. matrim.* ad quod faciunt notata in *l. fi. C. de pact. conuent. in glo.* vbi ex possessione instrumenti præsumitur mandatum. hoc vero cessante, instrumētum loquens de Petro vel Ioanne simpliciter, non esset certum, posset tamen probari per testes & alia adminicula de quo Petro, vel Ioanne instrumentum loquatur vt in *d. l. Duo sunt Titij.*

Sed notandum est quod errat *Bar. & cæteri dd. in hac lege*, qui certitudinem in ea in materiam exhæredationis requisitam trahant ad alios casus: nam in exhæredat. certitudo requiritur pro substantia: vt ex ipso testā. sine alterius probationis adminiculo sumatur, nō enim si quis plures filios habens, filium exhæredet, valet exhęredatio, etiā si hæres præsto sit probare, de quo filio senserit testator, ea enim est natura exhæredationis, quæ nominatim fieri debet, vt ex ipsis solis verbis consistat, vt in *l. sequ.* in alijs autem materijs, quia certitudo non est, pro substantia, valet actus à principio sine ea, licet pro consequenda executione sit necessaria, & ideò sufficit si extrinsecus colligatur, vt in *d. l. duo sunt Titij. cum ibi no.* non enim, deficit ius, sed probatio: in exhæredatione autem cùm deficit probatio ab initio, deficit etiam ius, cùm non sit nominatim facta, & ex his intelliges quid sit nominatim exhæredare, quod doctores non satis explicant. *Error doctorum.*

Item nota, quod vbi habetur effectus, non attenditur medium, vel modus efficiendi: vt *hic & infra eodem in l. Gallus. in* §. & *quid si tantum.* effectus autem nominis, vel prænominis est agnitio, vt in *l. ad recognoscendos. C. de ingenuis, & manumiss.* nihil igitur interest, quis cognoscatur siue de nomine, vel cognomine, siue alia nota, quę vice nominis fungatur, dum tamen in exhæredatione, ex solis verbis testamenti assummatur cognitio.

Sed opponitur, quod multum intersit nomē, 2 vel

vel cognomen, vel aliud simile adijciatur: nam differt si seruus communis ita stipuletur Lucio, & Caio dare spondes, an dicat dominis meis dare spondes, licet eius domini sint Lucius & Caius: nam in ptiori specie pro æqualibus partibus, in posteriori vetò pro portionibus dominicis cis acquiritur inquit *Pomponius. infra de stipul. seruo in l. Si communis seruus ita.* & not. *Bar. infra de verb. sig. in l. 2. numero 3.*

Sed respondere possumus quod nihil interest, quo pacto quis demonstretur quantum ad certitudinem habendam, quæ solum in hac materia inspicitur, & requiritur, aliàs tamen quo ad distributionem faciendam, quæ ex nomine, seu appellatione, solet variari, multum interest: vt in *l. contraria & infra. de legat. 3. in l. nominatim, & in l. 1. in. C. si. eod. tit.* de quo per *Soci. infra. de cõditionib. & demonstrationibus in l. quæ conditio. in col. 6. & per Deci. C. de impuberum & alijs substitu. in l. 1. in col. 2.* & dicemus latiùs *infra de legat. secundo, in l. Celsus, in §. quod alicuius.* ad quod etiam est text. *extrau. de officio de leg. in c. quoniam Abbas.* vt declarabimus in l. sequenti, in materia tamen in qua certitudo sola attenditur, nihil interest nomẽ, prænomen, officium, vel artificium, dignitatem, notam, vel circuitionem, quibus certitudo habeatur imponi, ad quod fac. tex. in *c. licet ex quadam. in vers. testes. extra de testibus. & in c. intelligentiam de verb. sig & in c. tua. de consangui. & affi.* quid autem differant nomen, cognomen, & prænomen, vide *Angel. Politianum in suis miscellaneis, & Alcia. in libro quarto dispunctio. in capit. 1.*

Vltimo glo. hîc opponit de tex. *supra de transact. in l. cum hi. in §. Si prætor.* sed dic. quod illa lex non obstat, quia quæ hic ponuntur, interrogatiuè ponuntur, & vt ait *Plato in Alcibiade.* vel de natura hominis, qui interrogat non est qui dicit, sed qui respondet, & in fine vbi textus respondit vnum sufficere inquit, quod non videns vit quidem alioqui doctus, existimans omnia in tex. posita simul requiri, exorditur innumeros labyrinthos, cuius nomen in hoc tanto errore melius est subticere, cuius dicta prosequi, non erit operæ precium, nec ea, quæ à recentioribus hîc tractantur de materia & forma, quia magis ad Sophistarum pertinent cauillationes, quam ad iuris nostri peritiam.

SVMMARIVM.

EX L. II.

1 *Quid sit effectus huius l. & notabilis difficultas, quam nullus doct. considerauit.*
2 *Exempla singula, huius l.*
3 *Dispositio, quæ vnico casu potest adaptari, habetur pro speciali.*
4 *Opinio disponentis etiam falsa est attendenda.*
5 *Quid intersit nominetur Titius, vel hæres tantum, qui sit Titius solus.*
6 *Indefinita in materia odiosa non habet vim vniuersalis.*
7 *Intell. doct. l. si. seruitus, qui infra reprobatur.*
8 *Intel. l. huius l. 2.*
9 *Verus intell. l. si seruitus imposita, de seru. vrbano.*
10 *Accursius semper ponit veros intellectus.*
11 *Quando indefinita, æquiualeat vniuersali.*
12 *Indefinita enunciatiua non æquipollet vniuersali.*
13 *De infinita rerum.*
14 *Intell. l. 1. de optio. lega.*
15 *De indefinita circa personas.*
16 *Institutio filij, omnes comprehendit.*
17 *De exhæredatione nominatim facienda.*
18 *Quæ differentia inter masculos & fæminas iure digestorum.*
19 *Prima regula in filijs masculis primi gradus.*
20 *Secunda regula in descendentibus 2. vel 3. gradus vel vlteriorum.*
21 *3. Regula.*
22 *Filius sua præterita, testamentum non erat nullum iure isto,*
23 *4. Regula.*
24 *Locus Vlpiani.*
25 *Locus Vlpiani.*
26 *Locus Vlpiani elegans.*
27 *Hodie omnes liberi sunt nominatim exhæredandi.*

Idem Vlpianus.

NOminatim exhæredatus filius & ita videtur, filius meus exhæres esto, & si nec nomen eius expressum sit, si modo vnicus sit, nã si plures sint filij benigna interpretatione potius à plerisque videtur exhæredatum nullum esse.

Nota quod siquis habens vnicum filium, filium suum exhæredet, ritè & nominatim videtur facta exhæredatio, si verò habeat plures, nullus exhæredatus censetur, quia vt in l. præcedẽti diximus, in exhæredatione ex solo testamento debet haberi certitudo, nec probationes extrinsecus sunt admittendę, vt etiam si paratus esset hæres probare, de quo filio testator senserit, non sit admittendus.

Sed videtur quod hæc benignitas quam textus cõsiderat, sit nullius effectus, cùm de rigore 1
testamentum istud sit nullum, etiam si diceremus exhętedationem, quo ad eum filium de quo testator sensit ritè factam: nam finge, testator habuit, tres filios, & protulit verba de quibus in hoc textu, filium meum exhæredo, aut nullum instituerat hæredem, & tunc clarum est, quod testamentum est nullum, nam etiam si exhæredatio ex se non esset vitiosa, ex præteritione aliorum filiorũ, esset nulla: aut alios duos hæredes instituerat, & tunc hæc exhæredatio ritè facta esset, & nominatim, cùm ad institutos adaptari non possit, ne videatur testator se corrigere in eodem testamento, vel contraria disponere, vt infrà, *de cond. & demõst. l. nam ad ea,* quinimo nec posset etiam si vellet hæredem institutum in eodem testamento exhæredare vt in *l. paterfa. testamento. infra de hæred. insti. & in l. ita scriptum. infra isto tit.* vbi videbimus in §. *regula.* ideo cùm non sit alius qui exhæredari possit, rectè facta est exhæredatio per istum tex. aut aliosduos filios expresse exhæredauerat, & tũc non potest negari, quin in tertio sit rectè facta exhęre-

exhæredatio his verbis: filium meum exhæredo, cùm ad semel exhæredatos referri nõ possit, vt *infra de verb. obl. l. quibus idem*. Sed notandũ est, quod licet doctores non tractent hãc difficultatem, quæ valde subtilis est, tamen non est sine effectu dispositio nostræ legis, nam possũt fingi casus, in quibus regula nostri text. vtilis esse possit, potest enim fingi testatorem tres vel quatuor filios habere, quorum vnus tantum sit in sua potestate, reliqui verò sint emancipati, & his verbis allocutum fuisse, filium meum exhæredo, si vnus videtur exhæredatus, & ex coniecturis appareret de filio suo intellexisse, valeret testamentum, si iurè esset exhæredatus, sed tamen tex. noster negat rite fuisse exhæredatum, & ita nullum esset testamentum, & licet videatur satis nominatim exhæredasse, cùm vnicum tantum haberet in potestate, & ita videatur intrare prima pars nostri tex. quia ex præteritione illius tantum, nullum est testamentum, tamen cum inspecto iure prætorio etiam emancipati debeant institui, vel exhæredari, & in hac materia exhæredationis non sint admittendę coniecturæ, sed voluntas debet esse expressa, vt dictum est verius est, nullam esse exhęredationẽ, cùm possibile sit, non de filio suo, sed de mancipato sensisse testatorem, cùm fortè filius emancipatus esset ingratus, & hæc possibilitas sufficit ad hoc, vt sit exhæredatio incerta, & non nominatim facta.

Secundo modo potest fingi species in nostro
2 textu, vt si testator plures filios habens omnes in potestate, & sic suos ita disponat: filium meũ exhæredo. Titiumque hæredem instituo, vt nullus filius exhæredatus videatur, nec admittenda sit coniectura de quo testator senserit, & ita testamentum nullum ex hoc sit, nec obstat etiam si vnum ex coniecturis exhæredarum dicam, qui fortè odiosus erat testatori, & ita quo ad eum, licet certa esset exhæredatio, tamen ex aliorum præteritione nullum esset testamentũ, & etiam exhæredatio, quia longe distat, vtrum exhæredatio ex se ipsa sit nulla, vel ex fratrum præteritione, quia si ex se ipsa est nulla, iure suo filius non ritè exhæredatus, dicit testamentum esse nullum, & ita eo inuito testamentum valere non potest, si verò ex fratrum præteritione, esset in potestate eorum excludere filium ritè exhæredatum, vt si pietate moti, vel etiam impietate fratris odiu, vel ob lucrum venale faciendo hoc beneficium, vt dicemus *infrà e. l. 3 circa finem*, vellent approbare patris dispositionem qui eos præteriuit, quod possent, quatenus iniuria præteritionis & vitium eos respicit, vt *infr. titu. pro l. filio præterito*, ideo vtilis est interpretatio nostræ legis, vt suo iure ipse filius testamentum nullum ostendere possit, neque fratrum auxilio egeat, neque obstat dicere, quod intellectus quos ponimus contineant diuinationem ad legem istam, quia respondemus, quod hęc lex principaliter tractat de vi & potestate huius exhæredationis, reliqua autem necessaria, vt testamentum valeat, omnino sunt præmittenda, & fingi debent casus, in quibus, id contingere possit, nec erit diuinare, sicut non diceretur diuinare, si pręmittamus quod testamentũ, de quo loquitur iste tex. habeat septem testes, & alia solennia, ad quod facit quod notat *Ripa. in l. 1. n. 4. C. de eden.* per text. in *c. 1. de ætat. & qualit. li. 6.* & ita hic intellectus est necessarius, quod est notandum, quia dd. non tangunt hanc difficultatem, neque ponunt exemplum in nostra l. 3

Et nota, quod verba indefinita, quæ in vno solo possunt vera esse, habentur pro specialibus: ad quod text. iste solet semper allegari: quod etiam probatur, *infra ea l. Titius & infra de fund. instructo instr. siue legat. l. fundus, qui locatus. &* facit de *sentent. excommum. li. 6. c. si sententiam. & infra de legat. 3. l. librorum. § tamen Cassius. cum ibidem nota. & infra de legat. 2. l. si ita scriptum. in § fi. in fi. & supra de seru. vrb. præ. l. si domus. cum sua gl.* faciunt quę notat *Bar. infra de vulg. & pup. l. qui liber. §. hæc verba. & idem Bar. infra de argen. leg. l. Quintus. la. 2. §.* i. & vid. elegans dictum. *Rom. sing. 437.* qui ex his conciliat duas *ll. supra loca altera l. opus quod in aduersionem. altera l. ita quæritur. §. si gemma. & vi.* quæ cumulat *Fel. in c. 1. vers. priuilegiis m. & c. sedes apostolica. col. pe. ex. de rescriptis. & Dec. l. in toto. cir. fi. de regul. iuris. vi.* etiam *Fab. in rub. de dona. cir. fi. & Ioan. de S. Iua. Tract. de bene. 3. q. a 1. par. num. 4.* latè *Hippo. rn. de fideius. infra num. 194. vsque ad num. 205. idem. infra de. quæst. l. 1. in §. si seruus. a num. 5.* qui plura dicta docto. refert, in quibus plurimas pag possemus consumare, nisi vtilitatis & breuitatis rationem haberemus, multa refert optimè, vt solet *Tiraquel. post leges connubia. in gl. 7. nu. 128. cũ sequenti.*

Declarat tamen omnia ea dicta breuissimè quando disponens generaliter, vel indefinitè sciebat verisimiliter solo vno casu posse suam dispositionem sortiri effectum, tunc enim ad eum casum etiam verba in propriando sua dispositio trahit, secus si ignorabat, cogitatio enim 4 disponentis etiam falsa consideratur *l. quo loco. §. si. infra de here. in. & supra de cùm. in debit. l. seruo manumi.* secundum crebriorem intellectum, licet non sit verus, vt alibi diximus in istis nostris select. interp. in lib. 2. & fac. *supra de testam. tut. l. si quis ita. §. si quis cum ignoraret.* & ideò si in nostri text. specie putaret testator habere duos filios, quia fortè mortem alterius ignorabat, exhæredatio ita concepta filium meum exhæredo, non erit nominatim facta, sed erit nulla, vt in 2. pa. nostri tex. & idem in specie quam fingit *Bal. Bar. & Soc. infra de condit. & demonst. l. quibus diebus. §. dominus.* vbi volunt, quod si testator iubeat solui Titio, quæ ipse ei debet, de his videtur intelligere, quę debentur naturaliter, & ciuiliter, si tamen sola debita naturaliter cũ Titio contraxerat, cùm legati verba ad ea solum possunt adaptari, ad ea trahuntur, licet non venirent aliàs debitorum appellatione, quod ita verum est, si id sciebat testator, solaque naturaliter debita existere putabat, sed finge hoc ignorare, vt purà

quod

quod esset mercator vel administrator, qui cū Titio plurimas & inuolutas rationes habebat, vel debitoris successor: hoc casu non puto hæredem de naturaliter debitis grauasse, sed generaliter locutum, fuisse, nam & mens & verba deficiunt: error enim vel dubitatio tollit consensum, vt *infra de reg. iur. l. nihil consensui*, & *sup. de iurisd. om. iud. l. si per errorem*. & fa. *C. de condit. indeb. l. si*. & *C. de furt. & seru. corrup. l. fi. §. fin autem Nescimus*. & vide etiam ad hāc materiam quæ dicentur *infra de lega. 2. l. si ita scripsissem*. in testatore autem non errante, idem operatur verbum generale, vel indefinitum, quod speciale & singulare, quando in vna solā specie potest verbum generale, vel indefinitum adaptari.

5 Sed opponitur, ex his sequitur, quod nihil interest, nominetur Titius, qui sit Abbas, vel nominetur Abbas, cùm solus Titius sit Abbas, vel quòd nominetur Titius hæres, vel hæres: cùm Titius sit solus hæres scriptus, nam in solo Titio verbum illud indefinitum Abbatis vel hæredis potest adaptari, sed hoc est falsum, vt *extrau. de officio & potest. iud. de leg. c. quoniam Abbas infra de legat. 2. l. quod principi*. & *de leg. 3. l. 1. §. fi*. & *in l. si plures*. & *in l. nominatim*. & *infra ad senat. consul. Treb. in l. 1. §. fi*. ergo dicta regula non est vera solutio dic. quod falsum est in speciebus sup. dictis ad solum Titium posse adaptari, nam licet tempore concessionis rescripti, solus Titius sit Abbas, & solus Titius sit primo loco hæres scriptus in testamento, & eo tempore quo actus vel dispositio fit, ad solum Titium videntur referri, tamen eo tempore, quo vertitur controuersia, vel de vi verbi agimus: necesse est alium quàm Titium esse Abbatem: & alio quàm Titio delatam hæreditatem esse. Titio vel mortuo vel remoto, ideo si per verbum Titij loquutus sit ad aliū, quàm ad Titium dispositio trahi non potest, sed si nomine Abbatis, vel hæredis vsus fuerit, quicunque fuerit Abbas, vel hæres comprehendetur, nec cum persona Titij extinguetur: Abbati enim succedi potest, non verò Titio quoad personæ substantiam, denique altero casu videtur, habita ratio corporis, alia verò iuris: primum non est ambulatorium, secundum verò potest transire de vno in alium: vt in *l. seruus si heredi. in pri. vers. quæ causa facit ambulatoriam, vt ita dixerim, conditionem*, cum alijs notand. verbis illius text. *infra de stat. liber.* & ideò si verba sint apta comprehendere, non inspicitur solum quod est, sed etiam id quod euenire potest: vt *su. de damno infect. l. qui bona fide. §. cum inter*, notanter *Bar. infra de verb. oblig. l. inter stipulantem. in §. sacram n. 7.* vbi omnino denique, qui abbatem vel hæredem nominauit, habuit rationem etiam futuri euentus, cùm verbum ad hoc aptum apposuerit: non autem is, qui Titium nominauit: & pro hoc *infra eodem, l. ideoq; cum sua glo.* secus enim si ibidem dixisset nascendum ex Seia, facit *infra l. proxima*, pro hoc est optimus textus. *infra de condi. & demonst. l. si in diem*. ibi. Sæpe numerò tamen mutatur rei affectus, quãquam id expresserit testator, quod ei si non fecisset, inesset tamen,]& ita si aliquid Abbati commissum sit, qui Abbas erat Titius, mutato Titio, & in Abbate, qui Titius non sit, dispositio locum habet secus autem, si Titio esset commissum, ad hoc bonus textus in *c. si gratios. & de rescript. li. 6.*

Nota tamen quod in materia nostra exhæredationis, cùm dispositio defuncti debeat esse certa, & clara, & exfututo euentu non possit alterari, nihil interest filium suum vel Titium exhæredem faciat, qui suus vnicus est filius, nam & si filius hic moriatur, & alius ei nascatur, ad eum non trahetur exhæredatio: licet gl. velit contrarium *infra eo. l. placet.* quæ tamen vera non est, vt ibi dicetur licet eam *Bar.* sequatur.

His expeditis, infert *Bar.* ex nostro tex. declarationem ad *l. si quis in princ. testamenti. de legat. 3.* cuius declarationem reprobant doctores hīc, & bene, vt per eos, specialiter per *Ang. & Ias.* quicquid *Soc.* inuoluat, & vide. *Tiraquel. vbi supra in gl. 7. post legem connubia, num. 130. cum sequent.*

Venio ad secundam partem nostri text. ex qua not. quod indefinita in materia odiosa non habent vim vniuersalis, secus verò in fauorabili, vt in *legibus à glo. allegatis*, & *infra de reb. dub. in l. virum.* ex quo apparet, quod exhæredatio censetur odiosa, contra *Soci. in rub. supra eo.* vbi latiùs diximus: & facit. *infra eod. l. cùm quidam.* 6

Circa regulam autem nostri tex. & materiā, quia dd. malè nostrum tex. & hanc regulam interpretantur aliqua videamus, an indefinita æqui polleat vniuersali: in quo *Bar. infra de legat. 2. in l. si pluribus*, ponit quandam regulam, quam omnes communiter sequuntur, scilicet, quod indefinita æquipolleat vniuersali, potius ex benigna interpretatione, quàm ex vi verbi, & hanc doctrinam sequuntur communiter doctores, secundum *Dec. in l. 1. numero 6. de reg. iur.* & *in consilio. 3. num. 5. post Soci. infra de exception, rei iud. in l. si quis cum totum. 2. co.* & *vi. Episco. Sarnens. in ru. de actiom. 3. col.* & *doctor. de Couarruu.* nunc meritissimum Præsidem Segobiens. Episco. *in elegauti & aureo libro variar. resolutionum par. 2. c. 13. nu. 5.* & *per to.* qui facit speciale caput in hac materia.

Potissimum fundamentum huius opinionis est tex. quem *Bar. & omnes* allegant *supra de seruitu. vrbano. prædi. in l. si seruitus imposita.* ex quo colligunt indefinitam æquipolere vniuersali ex humanitate, non ex verbi necessitate, contra istam regulam Bar. *Soc.* ponderat text. nostrum in quo ex benignitate inducitur, vt indefinita nō æquipolleat vniuersali, ergo cessante hac benignitate, rigor verbi efficeret, vt vniuersali æquipolleret, huic tamen difficultati potest responderi. 7

Primo modo ex mente *Decij vbi sup.* quod hīc benignitas efficit non vt indefinita non æquipolleat vniuersali, eiusque rigorem benignitate moderemur, sed vt excludatur illa benignitas, quæ vniuersalis censebatur, & ita redit ad primā naturam. 8

Sed hæc solutio quam sensit *Deci.* (licet satis obscurè) non videtur satisfacere difficultati, nam *Contra Decium*

nam benignitas qua indefinita habetur, vel nõ habetur pro vniuersali, consistit in materia super qua indefinita ponitur, vt si materia fauorabilis sit ex benignitate, vniuersalis habeatur, si verò materia talis non sit natura sua, fingatur sine aliqua benignitatis necessitate, ideo hæc solutio non tollit difficultatem, quia natura sua differt ab vniuersali, ideo vt in ea consistat, non requiritur aliqua benignitas vel æquitas.

Secundo modo subtilius & verius respondit huic difficultati *R.D. episcopus, vbi supra.* licet non omnino explicet nostrum tex scilicet quod hic, benignitas consideratur, vt indefinita etiam particularis vim non habeat, nam in præsenti tria possunt considerari, primũ vtrũ ex his verbis, filium meũ exhæredo: omnes filij videãtur exhæredati: secundum quis eorum: tertium an nullus videatur exhæredatus, quo ad primã speciem dicendum, non omnes filios esse exhæredatos etiam de rigore, quia hæc est indefinita & in singulari, quæ vi sua non habetur pro vniuersali, & in hoc non requiritur benignitas, quo ad alios verò casus dubium non est, quia ex vi verbi aliquem filium exhæredasse, cùm licet indefinita non habeat vim vniuersalis, tamen non potest ei negari vis particularis, tamẽ ex benignitate inductum est, vt hæc exhæredatio, filium meum exhæredo pro nulla habeatur, & ita nullus filius videatur exhæredatus.

Sed hæc solutio etiam patitur difficultatem, nam de rigore videtur dicendum, quod hęc exhæredatio sit nulla, sine aliqua æquitate, nam in exhæredatione filiorum existentium in potestate patris est data forma, vt nominatim exhæredentur vt in *principio insti. de exhæreda. liber. & in l. præcedenti*, vbi omnes doctores hoc tenent, nominatim autem exhæredatio fieri dicitur, vbi ex verbis defuncti ita certa est exhæredatio, vt aliundè non sit petenda certitudo, sed ex verbis ipsis colligatur: ergo si testator habens plures filias exhæredando his verbis vtatur, filium meum exhæredo, etiam rigore inspecto nihil fecisse videbitur & exhæredatio erit nulla, cum formam non seruauerit. & in hoc aliqua benignitas non requiritur, sed potest dici, benignitatem, de qua in nostro textu, in alio consistere, scilicet vt ex hac benignitate sit emanata illa forma, vt filij nominatim exhęredarentur, & hæc defendendo opiniones dd. quæ tamen sũt sine aliquo fundamento.

9 Nam tex. in quo omnes nituntur in *d. l. si seruitus imposita.* nihil facit ad regulam doctorum, ipsi enim omnes fatentur, quòd indefinita negatiuè prolata habet vim vniuersalis, de rigore & vi verbi, hoc fatetur. *Bart. in dicta. l. q pluribus. in 2. col. de lega. 2.* per text. expressum. *infr. de reb. dub. in l. si. is, qui ducenta. in §. vtrum.* not. *glo. sup de pactis in l. ius gentium, in §. sed si fraudandi. Bar. inf. de legat. 2. in l. cum pater. in §. pater certam.* tenet *Deci. & Gome. & D. episco. Covar. vbi supr.* allegando alios, & est bonus text. *infr. de verb. oblig. l. si stipulatus sim*, neque per te. Sed in *dicta l. si seruitus imposita.* verba sunt concepta negatiuè, ergo falsum est dicere, quod ibi ex humanitate æquipollet vniuersali, & colligere hanc regulam ex illo textu, inquit enim text. Si seruitus imposita fuerit, lumina quę nunc sunt, vt ita sint, de futuris luminibus nihil caueri videtur, quod si ita cautum ne luminibus officiatur, quia ambigua est scriptura, vtrum ne his luminibus officiatur, quę nunc sunt, an etiam his, quæ postea quoque fuerint, humanius est verbo generali omne lumen significari, siue quod post tempus conuentionis contigerit. Ecce stipulationem negatiuè conceptam, quæ de rigore & si sit indefinita, vim vniuersalis habet, nec vlla æquitas est necessaria, cùm id vis verbi extorqueat. præterea in illo tex. cùm loquatur de contractu non est materia, in qua æquitas aliqua versetur. cùm in cõtractibus stricta fiat interpretatio: vt *in l. semper de reg. iur.* ideò quod textus ibi dicit humanius est, non ratione æquitatis particularis, sed ex necessaria interpretatione deciditur, quia contraria interpretatio esset in humana & iniqua.

Noua interpretatio l. si seruitus

Ideo considerandum est contra. dd. quod in *illa l. si seruitus* non consistit in eo quæstio, an indefinita æquipolleat vniuersali, vel non: sed vtrum stipulatio illa ne luminibus officiatur, siue sit indefinita, siue vniuersalis, quia indefinita negatiua vniuersalis est, vt dictum est intelligatur de luminibus præsentibus, quæ nunc sunt, vel etiam lumina futura comprehendat, nihil n. ibi interest siue dicatur, ne luminibus officiatur, vel ne vllis luminibus officiatur. Adhuc enim quæstionis erit, vtrum lumina omnia, quæ tantum nunc sunt, tempore pręsenti, vel etiã, quæ futura sunt, comprehendantur, & ad hoc est text. expressus. *infra de verb. oblig. in l. si stipulatus fuerim. in §. 1. qui incipit, cum stipulamur*, vbi loquitur per verbum vniuersale, & adhuc deciditur stipulationem non trahi ad tempus futurum, quia per verbum presens est concepta, vt in *d. l. si seruitus.* est per verbum ambiguum, de qua quæstione est tex. *infra de verb. signif. in l. verbum erit. & infra de l. 2. in l. si ita scripsisset. & in l. si ita quis testamento.* & ita verus sensus *d. leg. si seruitus.* est, quòd ibidem non tractatur vtrum stipulatio indefinita habeat vim vniuersalis, sed vtrum verba intelligantur de tempore præsenti, vel trahantur etiam ad futurum, & ita corruit vnicum fundamentum doctorum quod adducunt pro sua regula, & istum intellectum ad *d. l. si seruitus* licet nullus aduertat, subsensit obscuré glo. *Acurs.* qui semper ponit veros intellectus in lege ideoque *infra eod.* vbi glo. tumultuaria alle- 10
gando leges, an verba præsentis temporis trahantur ad futura, allegat *illam l. si seruitus, & idem Acur. in l. in lege fundi. supra de contrahend emptio.* vbi alias concordat. licet *idem Acurs. infra. de auro & argent. legat. in l. fi. in §. 1.* malè in illo sensu, quem *Bar. & alij* allegant illam l. & etiam *glos. Bernarin. c. cum venerabilis. de offi. de leg. in glos. pen.* sed & *Ioann. Andr.* notanter subsensit istum intellectum allegando hanc legem in *c. ne aliqui. de hæreticis lib. 6.*

hoc

hoc etiam sensit subtilis *Cumanus in l. si pluribus 2. col. de legat. 2.* in quem longè post nostram interpretationé incidimus, & hic intellectus apertè probatur si iungas illam legem cum lege precedenti, quæ incipit, qui ædificiũ. vbi inquit *Iulianus*, qui ædificium habet seruitutẽ vicino imponere potest, vt non solum de his ei luminibus, quæ in præsentia sũt, sed etiam de his, quæ postea fuerint, caueat.] Cui *Pomponius* annectit quæstionem, quę in *d. l. si. seruitus*, controuertitur, quæstio ergo ibi non est de indefinita, sed vtrũ stipulatio, ne luminibus officiatur, futura lumina comprehendat. quod non examino, quia nõ est nostræ materiæ, licet sint aliqui textus difficiles & malè à doctoribus interpretati, & vide textum *c. quia circa. extra de priuile* & tex. in *Cle. si. de rescri. & c. si eo tempore. eod. tit. lib. 6. tex. l. Rutilia Poll. de contrahend. empt.* text. *supra de seruitutib. rust. præd. l. sed qui eius.* text. & *Bart. C. quæ res pig. possint. l. si.* vbi tangit intellectum dictę l. qui seruitus. licet non satis benè interpretetur.

11 Videamus ergo an in ista materia possit aliqua melior resolutio poni, quam à doctoribus tradatur, cùm prima regula doctorum sit sine fundamento, vt suprà probauimus, circa quod primo considerandum est in his materijs generalibus, quas nostri doctores brocardicas appellant, difficile esse certam regulam constituere, & ferè inutile, cùm plerunque fallant, & in iure nostro potiora sint, quæ ad speciem directa sũt, vt *infra de reg. iur. l. omnis diffinitio. & in l. in toto.* quia tamen Bart. & doctores antiqui voluerunt hanc materiam sub regula constituere, nos breuiter aliqua subijciamus, distinguendo, aut in-
12 definita ponitur denunciando, aut exponendo, primo casu siue indefinita proferatur in singulari, siue in plurali indefinita non æquipollere vniuersali, nam vt ad sensum patet hęc propositio: homo currit, vel homines currunt, non significat omnes homines currere, cum vno currente prima, vel duobus vtraque vera sit, si verò ponitur dispositiuè, aut respicit res de quibus
13 fit dispositio, aut personas siue honoratas, siue grauatas: si res: aut loquimur de rebus habentibus certos terminos constitutos à natura, aut non habentibus: primo casu aut loquimur in singulari, & indefinita non habet vim vniuersalis, nam si quis leget seruum, vel equum, vnũ tantum intelligitur legasse, etiam si plures in familia haberet, vt *infra de legat. 1. l. si quis à filio. §. si quis plures & l. legato generaliter. cum ibi notatis*, si vero in plurali leget seruos vel equos, & tunc si ad suos se retulit, dicendo, seruos meos, tunc videtur omnes legasse, & habet vim vniuersalis, vt in *l. seruus, cum l. sequenti de legat. 3.* aut non retulit se ad suos, vt quia nullus in familia habebat, sed legauit seruos vel equos, & tunc duos videtur legasse, & indefinita non habet vim vniuersalis: argumento tex. *infra de verb. sig. l. inter illam. § si.* & fac. *sup. de testibus. l. vbi numerus.* & fac. bonus tex. *infra de manumiss. test. l. libertas quæ § si.* & est bonus text. *c. is cui conceditur. de præb. lib. 6. in vers. si vero concessum*, quod fallit si optio 14
legetur in plurali, vt de seruis meis quos velit possit optare, nam tres optare poterit, vt *infra de optio. lega. l. 1.* amplior enim est hæc facultas, quàm si seruos in plurali non habita ratione ad suos legasset, & est strictior quàm si omnes legasset, non enim esset optio, si omnes accipere posset, quo fit, vt *dicta. l. 1.* non procedat, si tres tantum in familia haberet, ad quod facit, quod notat *Ias. post C. in ibi in l. si. §. 1. in si. C. communia de lega.* vbi videtur hoc quasi expressum.

Si verò indefinita, refertur ad res quę non habent terminos constitutos à natura, & tunc, aut est nomen, quod collectiuè solet sumi, vt lana & argentum, & tunc respectu eorum, quę paterfamilias habet, videtur generale esse legatum, vt omnem lanam comprehendat, quæ infecta sit, vel facta sit, secundum distinctionem quam ponit iurisconsultus in *l. sicut lana. infra de legat. 3. & infra de auro & argento legat. l. cum aurum. cum l. sequenti*, non tamen habet vim vniuersalis, nam si diceret omnem lanam, etiam tincta comprehendetur, vt in distinctione illarum legum colligitur: si verò non est nomen collectiuum neque habet terminos constitutos à natura, & tunc quandoque vitiatur legatum, vt in legato fundi, quod nullũ est, vt notatur, *infra de legat. 1. in l. legato generaliter.* quandoque valet, vt *in l. domus.* & tunc legatum factum per indefinitam, non habet vim vniuersalis, sed particularis, ideo si ponatur in singulari debebitur vna domus, si in plurali duo, vt supradictum est in rebus habentibus terminos constitutos à natura, licet in dictione domus hoc non erit verum, quia etiã in plurali de vna domo solet enũtiari.

Si verò indefinita respicit personas, siue ho- 15
norando, siue grauando, & tunc si loquitur in plurali, indefinita habet vim vniuersalis, vt si fratres suos hæredes instituat, vel filios, & etiam si eos exhęredet, quare enim exhæredans filios non omnes exhæredasse videatur? Et valebit hæc exhæredatio, vt infra, dicemus contra Cuman. & facit *infra in l. Titius*, & hanc indefinitam in plurali habere vim vniuersalis, videtur efficere pronomen illud meos vel suos, quod ponit quandam qualitatem, quæ facit indefinitam ad omnes illos extendi, quibus qualitas illa est communis, quod etiam ex supradictis apparet, nam magis comprehendit legatum factum per hæc verba, seruos meos lego Titio, quàm per hæc verba, seruos lego Titio, cum primo casu omnes serui testatoris comprehendantur, quia ex prædicato alteratur subiectum, alio vero casu, quando non ad suos fit relatio, duos tantum comprehendit, & intellige, si vel relatio fiat expressè siue tacitè, cùm eadem sit ratio.

Si verò indefinita profertur in singulari, 16
tunc si materia est omnibus vniformis, vim vniuersalis habebit, si enim filium instituerit

quis hæredem, omnes, ſi plures filios habet inſtituiſſe videbitur, & idem ſi filio tutores dederit, ſi plures filios habet impuberes , omnibus datus videbitur, communis enim eſt natura filiationis omnibus filijs, & tutelarum materia pro hoc *ſuprà de teſta. tutel. l. ſi quis ita. §. ſi quis filio.* quam glo. allegat, & tex. expreſſus. *infra de reb. dub. l. vtrum.* ibi duobus] *iunct. l. quidam legatus. §. ſi.* vbi inquit Caius: Si tibi & poſthumo ſuo vel alieno hæreditatem reſtituere quis rogauerit ,] & in *l. vtrum* , vno nato pars dimidia tibi debeatur , duobus natis tertia tibi debeatur, tribus natis, quia tergemini quoque naſcuntur, quarta, & etiam in inſtitutionibus ratio omnibus filijs cõmunis eſt, ideo ad omnes trahitur.

Inſtitutio in ſingulari facta pro quo *infra iſto titul. l. placet cum l. ſequenti* , vbi vide omnino quæ dicemus: naturalis enim affectionis ratio omnibus filijs communis eſt, quare enim magis vnus quàm alius in hac inſtitutione filium meum inſtituo, comprehendatur? ideo quilibet ex filijs illa verba ad ſe trahere poteſt, & ex hac ratione in alia materia , ita argumentatur *Bart. infra de publicanis & vectigal. l. Cæſar. num. 17. & idem Bart. ſupra de inſti. & iur. l. omnes populi. num. 57.* & hac ratione vtitur tex. notabilis qui vult ad omnia fieri relationem , cùm non ſit ratio quare magis ad vnum fiat relatio. *C. de liber. præteritis vel exhæreda. in l. 1.* ibi : nulla ratio reddi poteſt, quare videatur , in poſteriore tantum caſu exhæredare voluiſſe.] & text. *infra de fideiuſ. l. 5. quæ incipit Generaliter* , ibi non poteſt reperiri cur altera potius quàm altera conſumatur, & text. *ſup. de vſufruct. l. adhuc. in verſ. ſi vero ſimul*, optimus text. in *l. labeo infra ad municipal. & infra de vin. tritic. & oleo leg. l. non aliter*, cuius ſimilitudine dicere poſſumus, nam aliter obſeruantibus quis filius inſtitutus videbitur, quisve præteritus , ſi habens plures filios inſtituat filium, huius igitur neceſſitatis ratione hæc indefinita in numero etiam ſingulari prolato habet vim vniuerſalis, aut materia in qua indefinita ad perſonas relata in ſingulari profertur, non eſt omnibus communis, aut vniformis, & tunc non trahitur ad vniuerſalem vt *ſup. de teſt. tutel. l. duo ſunt Titij.* iunct. text. *ſupr. pro ſocio. l. neque adiecit. & infra. de legat. 2. l. ſi quis ſeruum. §. ſi inter duos*, ſed ſingularis cenſetur , ideo de quo teſtator ſenſerit quæſtionis erit , vt ſi ſeruum liberum eſſe iubeat , neque enim materia communis eſt , cum meritum vniùs poſſit eſſe affectionis cauſa, quæ alteri communis non eſt, ideo non ſufficit contra *Bart. hic in ſi.* quod materia fauorabilis ſit , niſi etiam concurrat , quod materia etiam ſit communis, vt affectio , quæ filiis communis natura eſt & datio tutelæ, non ſit in legato ſeruo, vel extero facto, quod licet fauorabilis ſit, ratio tamen legandi non eſt vniformis , cum meritorum diſpar ſit ratio in vno, quæ in alio vt in *dict. l. nec adiecit. 3.* pro ſocio , ſecus in filio inſtituto, quia omnium filiorum per naturã par eſt cauſa & affectio; ſed non in exhæredatione: odium enim, quod exhæredationis eſt cauſa, non omnibus neceſſariò communis eſt, cùm contra naturam ſit, nec omnes neceſſario reſpicit ſicut amor, qui in filijs natura communis eſt.

Sed contra hoc oppono, ergo quęſtionis erit 17
ſi quis habens plures filios, filium exhęredet, vtrum cauſa odij vnũ vel omnes reſpiciat , vt exhæredatio vnũ vel omnes comprehendat, ſicut in *d. l. duo ſunt Titij.* de quo Titio ſenſerit teſtator quæri, & probari ex coniecturis poteſt , tamen hic textus vult contrarium , exhæredationem enim nullam eſſe ſtatuit, & ita ius magis quàm probationem deficere, ſolutio, dic, quod exhæredationis natura nominatim faciendæ repugnat vt ad coniecturas deveniatur, quia vt ſup. dictum eſt, ita debet conſtitui, vt ex ipſa certum ſit, de quo teſtator ſenſerit, ſola teſtamenti lectione , ita vt reuocari in controuerſiam non poſſit , de quo teſtator ſenſerit, in alijs autem exhæredationibus , quæ nominatim fieri non debent : vt in *dicto prin. de exhæredatio. libero.* iſta probatio eſſet admittenda , vt in *d. l. duo ſunt Titij.* & hoc intereſt inter exhæredationem filiorum maſculorum primi gradus ſuorum hæredum , qui nominatim exhæredari debent , alij verò etiam ſi ſui ſint , & etiam filia ſua non nominatim poſſunt exhæredari, neque erit nullum teſtamentum vt in *d. prin. de exhæredatione libero*, & infrà latiùs dicemus , benignitas ergo in noſtra lege circa id verſatur, vt ita nominatim fiat exhæredatio, vt ex ipſa conſtate poſſit, neque cõiecturæ aliquę vel probatio extra teſtamentum admittatur, ſed vicietur exhæredatio, quod in aliorum exhæredationibus, licet omnes odioſæ ſint non procedit, quod hodie per legem maximũ vitium *C. de lib. præter. vel exhæred.* eſt ſublatum , & ita hæc lex hodie in omnibus liberis locum habebit: notandum tamen eſt quod generalis exhæredatio , quæ non poſſit in controuerſiam vocari videbitur nominatim fieri, vt omnes liberos meos exhæredo , vt in *d. l. 3. §. nominatim.* ibi, ventre , & in *l. ſi ita facta.* quicquid malè *Iaſ.* qui loquitur in fortioribus terminis *ſup. eo. in l. 1. in 5. col. num. 3. & 4. & Alcia. ibi & in rub.* vel etiam ſi non dixerit omnes, vt ſuprà diximus in materia indefinita, contra Cuma. hic. facit tex. *in l. Titius. in principio. infra. eod.* Et vt penitus hanc materiam intelligamus neceſſarium eſt videre hoc tempore digeſtorum quo pacto liberi eſſent exhęredandi, & quę differentia ſit inter maſculos & fœminas ſuos hæredes, & ſuos primi gradus & vlterioris, & in hoc doctores noſtri omnes cõmuniter volunt , quod tempore digeſtorum, non ſit 18
aliqua differentia inter maſculos & fœminas , & inter liberos primi gradus vel vlterioris , & quod eſſet regula generalis, quò quilibet ſuus hæres ſiue ſit maſculus , ſiue femina , ſiue primi gradus , ſiue vlterioris debet nominatim exhæredari , vel inſtitui , alioquin nullum eſt teſtamen-

testamentum,& ita ius antiquum,quod constituebat differentiam inter masculos & fœminas primi gradus, vel vlterioris gradus, de quo fit mentio in *d. pri. de exhæredatione liberorum. & in d. l. maximum.* non reperiatur in *aliqua. l. digestorum.* quæ opinio communis doctorum falsa est, primo quia si tempore digestorum, illud ius iam esset correctum frustra *Iustinian.* nouas leges ad tollendas præfatas differentias statueret, præterea vt dicemus latius. *infra in l. Gallus, in prin.* iurisconsulti non habuerunt potestatem corrigendi leges, sed tantùm interpretandi,& ideo non potest dici per leges digest. quæ omnes sunt iuris consultorum, sublatum præfatum ius quod per l. duodecim tab. erat constitutum, item quia in multis, ll. digestorum, expressa reperitur illa distinctio,& differentia, inter liberos primi gradus,& secundi etiam suos, & ita *Ioan. de Imol.* motus aliquibus ll. tentauit discedere à communi opinione. *infra de hæred. inst. in l. sed si in conditione. in §. nepotes.* per textum ibi vbi tex. constituit differentiam inter nepotes, & filios suos, vt nepotes sui, sub conditione casuali instituí possint, filij autem sui primi gradus institui non possint, idem *Ioan. de Imol. in l. 1. isto tit. supr. & expressius in d. §. nepotes.* quod eleganter prosequitur *Emanuel de Acost. Iurisconf. Lusitanus in eleganti repetitione. l. Gallus §. & quid si tantum. in 3. par. num. 27. cum plurib. sequent.* Vbi allegando *Ioan. de Imol.* declarat plures leges, digest. in quibus obseruatur hæc differentia,& etiam ll. Cod. quæ vsque ad sua tempora malè fuerunt, ob ignorantiam antiquitatis à doctoribus interpretatæ. ibi omnino est videndus, quia solum prosequemur ea, quę sint ei addenda.

19 Et in primis de filijs suis masculis primi gradus regula erat constituta, quę etiam hodie obseruatur, vt instituí debeant, vel nominatim exhæredari, vt *infra ista. l. inter cætera & in ista. l. & l. præcedenti, & in d. pri. de exhæred. libr. & l. maximum vitium.* alioquin nullum ipso iure esset testamentum.

20 Secundò considerandum est, nepotes, & adnepotes etiam suos non efficere nullum testamentum, etiam si prætereantur tempore digest. neque alii vlterioris gradus, etiam si sint sui hæredes, & hoc probatur *infra isto tit. in lege Gallus. §. in omnibus. & infra de hæred. instituend. in d. §. nepotes. & in l. suus quoque.* vbi inter filium suum,& alios suos constituitur differentia, quia præteritio horum, non vitiat testamentum, sicut illius, ideo sub conditione qualibet institui possunt, etiam si in eius defectum præteriti reperiantur,& plures ll. ad hoc cõsiderat *Emanuel de Acosta, in loco supra allegato,* & probatur in *d. l. maximum vitium. & in d. pri. de exhæred. libero.*

21 Tertio notandum est, quod fœmina sua etiã primi gradus prætenita, non est nullum testamentum: vt in *d. pri. de exhæred. lib.* nam illud ius quod ibidem abrogatur tempore digest. obseruatum fuit, vt *supra vbi pupillus educari debeat, in l. qui filium, & in pluribus legibus,* quas eleganter interpretatur *Emanuel de Acosta, loco superius* allegato; sed vltra eum hæc omnia supradicta expressæ probantur, in quodam libello Vlpiani, qui ex corpore *Vlpiani* 24. *digest.* inscribitur, vbi in *titulo* 22. *qui liberi hæredes instituí possint,* inquit in hæc verba. Ex suis hæredibus filius quidem neque hæres institutus, neque nominatim exhæredatus, non patitur valere testamentum, reliquæ verò personæ liberorum velut filia, nepos, neptis, si præteriti sint, valet testamentum,] & rursus idem *Vlpianus* inquit, Filius qui in potestate est, Si non instituatur hæres nominatim, exhæredari debet, reliqui sui hæredes vtriusque sexus, aut nominatim, aut inter cæteros,] & ita intelliges Vlpiani tempore id ius obseruari, vt filia sua præterita testamentum, non sit nullum, licet doctores nostri hoc non percipientes velint, ius de quo in *d. pri. de exhæred. lib.* ante tempora tantũ digest. valuisse. cuius contrarium verius est, vt ex supradictis apparet. 22

Locus. Vlpiani.

Quarto notandum est agnatione sui hæredis præteriti testamentum rumpi, siue sit filius masculus, siue fœmina, siue nepos, vel vlterioris gradus, siue sit posthumus, siue iam natus, nulla constituta differentia,& hoc obseruabatur tempore digest. erat enim regula constituta, agnatione sui hæredis præteriti rumpi testamentum, à qua quia generalis erat, nullusque excipiebatur, iuris consulti discedere non audebant, & hoc probatur in *dicto titulo de exhæred. lib. §. posthumi. in inst.* ex quo eueniebar ista regula, sic generaliter intellecta: vt nepote suo præterito, qui tempore testamenti esset suus, testamentum non esset nullum. Tamen si idem nepos non esset suus tempore testamenti; qui eum pater præcedebat, si præteritus reperiatur, & sublato patre agnascatur, suusque efficiatur, testamentum rumpitur, tanta erat regularum obseruatio, vt is, qui postea suus efficitur rumpat testamentum, qui si suus esset à principio non rumperet, idemque in filia fœmina obseruetur: vt in *d. §. posthumi. in nota l. Gallus. infra isto tit. per totam legem,* & probatur *infra tit. proximo in l. certam. in principio.* vbi inquit *Vlpianus.* Certum est adoptione, vel arrogatione filij, filię ve, testamentum rumpi, quoniã sui heredis agnatione solet rumpi,] & hoc etiã expressè probatur, in *d. lib. Vlpiani in allegato titul.* vbi inquit in hęc verba; Posthumi quoq; liberi cuiuscunq; sexus omissi, quod valuit testamẽtũ, agnatione rumpitur, & ita licet esset inter iuris cõsultos dubiũ, durũ enim videbatur, vt melioris cõditionis esset is, qui postea suus efficiebatur, quã qui tẽpore testamenti suus esset, tamen magis obtinuit eo iure vti, & ita *Vlpia. in eod. titu.* subiũxit, nepotes, & pronepotes, cæteriq; masculi posthumi, præter filium, vel nominatim, vel inter cęteros, cũ adiectione legati sũt exhęredãdi, ecce vbi videtur *Vlp.* hoc admittere: vt liceat 23 24

eos inter cæteros cum adiectione legati exhæ-
redare, quia si sui essent tempore testamenti, id
sufficeret, sed statim subiunxit, Sed tutius est
tamen, nominatim eos exhæredari, & id obser-
uatur magis,], & ita est expressum in præteritis
locis, quòd Vlpiani, & digestorum tempore il-
lud ius, quod abrogatur in *d. prin. de exhæreda. li-
be. & in l. maximum vitium.* erat in viridi obser-
uanti, & ex his intelliges tex. difficilem in *d. l.*
25 *certum. in §. filia. infra. tit. proximo*, vbi inquit *Vlpia.*
Filia cum emancipatur vel nepos quia vna emã
cipatione exeunt de potestate, testamentum
non rumpunt, qui text. quinquennio torsit
Emanuelem de Acos. vt ipse refert in *d. §. & quid si
tantum. in numero 45. in 3. par. pag.* 97. quæ enim
potest esse dubitatio, vt emancipatio, quæ fi-
lios extra potestatem constituit, testamentum
non rumpat. Sed considerandum est, quod
suprà diximus, filia sua præterita, vel nepote
præterito, non esse nullum testamentum, qui
tamen si post se nascantur, testamento condito,
rumpunt testamentum, cùm autem filius emã-
cipabatur, exibat tribus emancipationibus de
patris potestate, & ideo post primam venditio-
nem iterum redibat, & ita agnascebatur, quo fit:
vt si filia esset præterita, etiam sua, cùm testa-
mentum esset validum à principio, si postea e-
mancipatur, & postea redeat in potestatem, cũ
rumpat testamentum, videbatur emancipa-
tione etiam rumpere testamentum, tamen
quia illæ solennitates trium emancipationum
solum obseruantur, in emancipatione filij
masculi primi gradus, non est periculum in
filiæ emancipatione, vt rumpatur testamen-
tum, quia non tribus emancipationibus, sed
vna exibat de patris potestate, & ita non a-
gnascebatur filia in emancipatione, vt fi-
lius agnascitur, & idem in nepote, & in cæ-
teris vlterioris gradus, qui vna sola eman-
cipatione exibant de parentis potestate, quod
considerat eleganter *Emanuel de Acost. loco su-
pra allegato*, vbi ponit quo pacto filius olim
tribus emancipationibus exibat patriam pote-
statem, allegando textum. notabilem in *l. li-
beros. supra de capitis diminutione cum nota. in le-
ge finali. Cod. de emancipationibus liberorum.* & al-
legat etiam *Aulum Gellium, & Alciatum.* So-
lennitatem dictarum emancipationum anno-
tantes, pro qua interpretatione, vltra *Emanue.
de Acosta*, faciunt elegantia verba Vlpiani. ex
quibus hæc omnia colliguntur in *titul.* 10.
*qui in potestate mancipione sunt, quemadmodum
eo iure liberentur.* Vbi inquit in hæc verba, Li-
26 beri parentum potestate liberantur emanci-
patione, id est si postea quàm mancipati
sunt, manumissi sunt, sed filius quidem ter
mancipatus, ter manumissus, sui iuris fit, id
enim lex duodecim tabularum iubet, his
verbis, Si pater ter filium venundauit, fi-
lius à patre liber esto, cæteri autem liberi,
præter filium, tam masculi, quam fœminæ
vna mancipatione, manumissioneque sui iu-
ris fiunt,] Et rursus *idem Vlpianus in eodem li-
bello in titulo quemadmodum testamenta rumpan-
tur*, his verbis inquit, Agnascitur suus hæ-
res, aut agnascendo, aut adoptando, aut in
manum conueniendo, aut in locum sui hæ-
redis succedendo, velut nepos, mortuo filio,
vel emancipato, aut manumissione, idest si
filius ex prima, secundáve mancipatione ma-
numissus reuersus sit in patris potestatem. Ecce
vbi *Vlpianus* expressè sentit, inter ipsam emanci-
pationem filium agnasci, ex prima, vel secunda 27
manumissione, donec ex tertia omni modo ex
eat patris potestatem, quod in filia seu nepote
cadere non potest, quia sola vna emancipatio-
ne exibant patris potestatem.

Sed videtur quod hic locus vltimus Vlpiani
patiatur maximam difficultatem, neque possit
considerari casus, in quo emancipatione filij sui
rumpatur testamentum, quia aut filius antea
erat præteritus, quod emanciparetur, & non
potest rumpi testamentum, quod iam nullum
fuit, aut fuit institutus, & multo minus poterat
rumpi testamentum, cùm non reperiatur prçte-
ritus, & agnatione non rumpitur testamentum,
inquo pater præceptũ legis adimpleuit, vt pro-
batur expressè. *infra isto titulo in l. Filio quem pater
in principio, & in §. fina.*

Sed pro solutione dicendum est, vt Vl-
piani verba possint esse alicuius effectus, quòd
fingere debemus, (possunt enim dicti actus,
vno, vel diuersis fieri temporibus, vt per *Acost.
loco suprà alleg.*) post primam emancipationem
esse conditum testamenmm, in quo filius præ-
teritus sit, quod testamentum sequentibus acti
bus emancipationis rũpatur agnatione sui hæ-
redis. quæ ad perficiendam emancipationem
necessaria est.

Hæc autem omnia, quæ tempore Vlpiani,
& digestorum obseruabantur in liberorum ex
hæredationibus, inter masculos, & fœmi-
nas, constituta differentia, & inter liberos
primi, & vlterioris gradus, & inter eos, qui
sui tempore testamenti erant, & eos, qui
post testamentum factum agnascebantur per
*Iustini. instit. de exhære. liber. & in d. l. maximum
vitium.* sunt sublata. vbi omnes liberi ad æ-
quale ius rediguntur, vt quod in suo filio maſ-
culo obseruabatur, id in filia fœmina, & om-
nibus alijs liberis aliorum graduum obserue-
tur, vt his præteritis nullum sit testamentum,
sicut filio suo prçterito obseruabatur, & in om- 27
nibus nominatim fieri exhæredationem requi-
ratur, nec sufficiat eis legatum, vel fideicom-
missum relinqui, quod olim ne obliuioni præ-
teriti essent, requirebatur, vt in dicto *Vlpiani li-
bello* latiùs explicatur, ex quibus digestorum,
quæ filium suum sub conditione institui ve-
tabant, alios vero suos putà nepotes, vel
pronepotes, vel fœminas filias, sub condi-
tionibus quibuslibet institui permittebant,
in hac differentia erunt abrogatæ, cùm iura om-
nia filiorum suorum masculorum primi gradus
alijs

alijs liberis inferioris gradus, & fœminis etiam tribuantur, quia ratio qua dictæ ll. id statuerant, scilicet, quia præteritę non rumpebant, est correcta per *d. l. maximum vitium.* igitur & ipsæ leges erunt correctæ, vt not. *glo. supra de legiti. tutel. in l. 1. & est tex. in c. miramur. de seru. non ord. & in c. à multis. de ætat. & qualit. ordi.* & notatur in *c. de puellis. 36. q. 2.* & ita hodiè omnes liberi erunt nominatim exhæredandi, alioquin testamentum erit nullum.

SVMMARIVM.

EX L. 3.

1 *Solennitas qua exprimi nomen iubet, semper est leuis.*
2 *Vtrum maledictio inducat exhæredationem.*
3 *De intellectu legis diui. infra de adimend. legat. & c. licet. extra de voto.*
4 *Quando exhæredatio, vel institutio cum conuitio valeat.*
5 *Verus sensus Raphaelis Cumani, quando institutio, vel legatum cum conuitio valeat.*
6 *De intellectu l. primæ in §. idem ait infra de Carboniano edicto.*

Idem Vlpianus.

ET si pepercit filium dicere, ex Sia autem natum dixit, rectè exhæredat, etsi eum con-
1 uicio dixerit, nō nominādus, vel non filius meus latro, gladiator, magis est, vt rectè exhæredatus sit & si ex adulterio natum dixerit.

Signum indubitabile habet vim nominis, vt nominatim quis dicatur exhæredatus, ex quo nota, quod expressio nominis semper est solennitas leuis, ideo eius omissio non vitiat, si aliter vt demonstratio, ex mente *Angeli de Perus. supra eodem in l. 1.* licet aliter aliqui vellent, sed verius est dictum Angeli, nam videtur ratione effectus, expressio nominis requiri, vt quis recognoscatur, vt dixi in *d. l. per tex. in l. ad recognoscendos. C. de ingen. & manumiss.* ideo forma sperni potest, quando ratione solius effectus est inducta, si aliàs sequatur idem effectus, vt hîc & *infra eodem, in l. Gallus in §. & quid si tantum.* vbi dicemus latiùs loquendo de conditionibus necessarijs, & voluntarijs, nam & natura ipsa hoc maximè curauit, vt formæ hominum infinita penè
» multitudine differrent, vt enim inquit *Nemesius*
» *in libr. de natura hominis, in c. de animæ facultatibus.*
» Si eandem omnes retinerent, sine vlla varia-
» tione, figuram, quanta rerum confusio seque-
» retur, quanta inscitia, quantæ tenebræ homi-
» nem occuparent, qui nec familiarem, neque alie-
» num cognosceret, neque hostem, aut impro-
» bum ab amico, aut probo viro discerneret, om-
» nia verè simul essent, vt Anaxagoræ fuit opi-
» nio: nam hoc si ita esset, nihil obstaret, quomi-

Franc. Sarmientus.

nus cùm sororibus, & matribus corpus miscere- »
mus, aut prædaremur, aut aliud quippiam pa- »
làm improbè faceremus, si id modo esset declinatum, ne in ipso facinore deprehenderemur: nam postea conspecti, agnosci non possemus, neque etiam lex, aut respub. vlla constituta esset, neque patres, & filij inter se cognoscerent, nec aliud quippiam, quod sit ad hominis naturā, cohæreret, cæcus enim esset homo, quantumquidem ad homines diiudicandos pertinet neque ei oculorum sensus, multum adiumenti afferret, præter enim ætatem, & magnitudinem nihil diiudicaret, tantorū scilicet comodorum causa, nobis prouidentia est, quæ perpetuò, & vbique gennunt, hominum formas distinguere non intermittit.] Hæc ille, sic ars, imitata natura, nominibus formas necessitate distinxit, vt rebus absentibus cognitio non deesset, quæ nihil differt, quocunque modo colligatur, vt in hoc textu, cuius verba explica, vt per glo.

Venio ad versic. Et si cum conuicio, ex quo nota iuncto præcedenti, quod conuicium solum sine verbis exhæredationis, non habet vim exhærédationis, & sic est tex. hic pro *Bal. in proœmio Gregorij. in numero 32.* Vbi vult, quod maledictio paterna nō habet vim exhęredationis, quem allegat. *Ias. in hac l. & in autent. non licet. in col. 1. C. de libe. præterit. vel exhæred. & Bal.* alleg. tex. *in l. his verbis in §. infra de hæred. instituend.* vbi valet institutio filij facta à patre cum maledictione, & ita videtur, quod non sunt contraria institutio, & maledictio, sicut sunt contraria exhæredatio, & institutio. Sed dictum Bal. reprobat *Iason ini*, quando cum maledictioni adijceretur causa, & ita respondet ad d. l. his verbis, sed clarè & melius potest respondere, quòd *in d. l. his verbis.* ex maledictione non inducitur exhæredatio, quia constat de contraria mente testatoris, qui filium cui maledixit hæredem instituit, ex quo ridiculum est, quod dicit *Ias.* quòd si ibidem fuisset adiecta causa, inducatur exhæredatio: sed adhuc puto veriorem esse opinionem Bald. quòd ex maledictione sola etiam cum adiectione causæ, non inducatur exhæredatio, quia vt ex *d. l. ex his verbis.* apparet, maledictio nō inducit necessariò exhæredationem, cùm compatibilis sit cum institutione, neque ad exhæredationem sufficiunt verba ambigua, sed requiruntur verba adeò clara, vt in controuersiam vocari non possit, vtrum filius sit exhæredatus, ut sæpius diximus in *l. 2. supra eod. ex illo text. & alijs ibi allega.* *Contra Ias.*

Sed contra Bal. videntur facere duo textus, alter in *l. diui. infra de adimend. legat.* alter *extra de voto in c. licet* nam in *d. l. diui.* conuicium operatur legati iam dati ademptionem, multo ergo magis non datum videbitur denegasse, & maledictione, vel conuicio filium ab hæreditate arcere, item in *d. c. licet.* probatur expressè, quod ex maledictione paterna amittit quis hæreditatem.

Interpretatio l. diui de adimen. lega.

Sed ad supradicta possumus respondere, primo *ad dictam l. diui.* quod ibidem ex maledictione, vel conuicio probatur inimicitia testatoris, & nocendi voluntas, quæ ad adimenda legata sufficiunt, non tamen id sufficit ad hæreditatẽ adimendam, & hæc distinctio expressè probatur in *eodem titulo de adimend. legat. in l. ex parte.* institutio enim vel exhæredatio non ex sola voluntate inducitur, sed verbis apertis & expressis opus est, vt ibidem probatur, & *infr. de hered. instituend. in l. quidam cum filium*, ex quo non probatur doctri. Bal in legatis, vel fidecommissis per *dictam l. diui.* quia ex maledictione de indignatione constat.

Non obstat etiam tex. *in d.c. licet. de voto*, quia si ibidem priuatur filius hæreditate paterna, nõ ex vi exhæredationis ex maledictione inductę contingit, quod patet, quia maledictio illa fuit cõditionalis, sed exhæredatio conditionalis nõ valet, *vt infra ista l. in vers. Pure*, ideo autem priua hæreditate, quia non impleuit voluntatem defuncti, iuxta *aut. hoc amplius. C. de fide commiss.* nequeobstat quòd *in d. autent. hoc amplius.* non auferatur legitima filio, sed tamen aufertur illi *in d.c. licet.* quia respondeo, in en capit, plura concurrere, ex quibus æquum est, etiam legitima filio auferri, vt bene declarat. *Hostl. ibi in fine.*

4 Sed videtur quod non valeat exhæredatio cum conuicio facta, & ita oppono contra nostrum tex. nam non valet legatum, vel institutio cum conuicio facta, si enim his verbis legem, Titio adultero centum lego, legatum ita factũ nullum est, vt *infra de lega. 1. in l. Turpia legata. in principio.* & ideo si eum qui Titium occidit, quis hæredem instituat, institutio non valet, vt *infra de hered. instit. in l. quoties in §. si quid nomen.* glo. hic respondendo ad hanc difficultatem distinguit, aut conuicium esse in genere, & non vitiat, vt hic, aut in specie, & vitiat, vt in ll. contrarijs, sed dd. reprobant istam solutionem, quia in hoc tex. conuicium est speciale, vt ibi ex adulterio natus] & ibi filius meus gladiator,] ideo ipsi aliter soluunt hanc difficultatem, dicentes, quod actum exhæredationis conuicium non vitiat, quia exhæredatio tendit ad nocendum. ideo conuicium magis adiuuat exhæredationẽ, cum causa eius sit, si conuicium verum sit, si verò falsum, quia id sciens imponit testator, magis ex conuicio voluntas eius exprimitur denique exhæredatio conuicio, vel maledictione non viciatur, vt hic, at, institutio vel legatum viciatur, vt in ll. contrarijs. ex quibus videtur probari conuicium, & maledictionem esse incompatibilia cũ institutione, quod vt suprà diximus contra Ias. verum non est, & ideo contra istam solutionem, quòd etiam institutio cum conuicio valeat, sicut & exhæredatio, est expressum *in d. l. his verbis in §. 1.* vbi inquit *Martia*; Illa institutio valet, filius meus impijssimus, malè de me meritus, hæres esto, purè enim hæres instituitur, licet cum maledicto, & omnes huiusmodi institutiones receptæ sunt. Ad hanc difficultatem glo. *in d. l. turpia legata. alleg.* respondet, quòd ibidem est conuicium in genere, ideo ex eo non vitiatur institutio, secus autem si esset in specie, vt in ll. contrarijs: & ita licet in exhæredatione reprobetur illa distinctio, vtrum conuicium sit in genere, vel in specie, tamen vera sit in institutione, vel legato. Sed contra hoc argumẽtatur *Iaso.* Dicendo, quod etiam conuicium in genere debeat viciare institutionem, vel legatum, quia tale conuicium est sufficiens ad tollendum iam datum, ergo fortius impediet dationem, quę in institutione, vel legato continetur. Sed hoc argum. Ias. leuissimum est, quia vt supra diximus, ademptio, quæ ex conuicio in ducitur, ex præsumptione resultat, quæ cessat in claris, si quis cum conuicio aliquem instituat, vel in eum legatum conferat, ideò cessat coniectura: vt in *l. continuus actus in §. cum ita stipulatus. infr. de verb. oblig.* quis enim dicet, non valere legatum, ita factum, Titio inimico meo centum lego, quia licet inimicitia sufficiat ad legati ademptionem, tamen verum id est, nisi de cõtraria testatoris voluntate appareat, qui voluit legare, etiam si conuiciatus fuerit legatario, vel ei maledixerit, quia verba maledictionis, vt diximus, ambigua sunt, institutionis verò, vel legati clara, ideo si commisceantur, præualent verba clara, ne contraria vno eodemq́ue conceptu verborum protulisse videatur, de quo alibi dicerut, & hoc si velis tenere opiniones doctorum, non intellectus ad d. ll. Sed eorum sententijs omnissis, verior est intellectus *Raphae. Cuma.* qui circa institutiones, vel legata, ita distinguit: aut persona quæ cum conuicio nominatur, etiam detracto conuicio, est certa, & valet institutio, vel legatum, siue conuicium sit in genere, vel in specie, si verò detracto cõuicio persona remanet incerta, indispositio non valet, vt *in d. l. quoties in §. Si quis nomen. infr. de hered. inst.* finge in prima specie me ita legare. Titio furi vicino meo lego centum, vel eum hæredem instituo, detracto conuicij signo. Titius certus est, ideo valet dispositio: in secunda specie, finge me centum legare ei, qui adulterium cum Seia commisit, vel eum hæredem instituere, in hac specie legatum non valet, neque institutio, quia detracto conuicio, dispositio incerta remanet, ad quod facit optimus tex. in *l. si hic in §. s. infra de lega. 1. ibi*, & quidem &c. & ita loquitur tex. in *d. § si quis nomen.* vbi *Vlpia*, inquit, Si quis nomen hæredis qnidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstrauerit, quòd penè nihil à nomine distat, non tamen eo, quòd contumelię causa solet addi, valet institutio,] ratio est, quia in hac specie petiturum legatum, opus est turpitudinem suam allegare, quæ in testamento non est detecta: non sic in primo casu, quia etiam remota turpitudinis nota, persona certa est. neque opus est detegere turpitudinem suam, cùm etiam omissis turpibus verbis, ex alijs non turpibus legatum constet; & hic est verus sensus istarum legum, ex mente *Raphael, Cuma.*

Contra. ef.

5

Cuma. & sequitur *Emanuel de Acosta in lib. 1. select. interpret. in c.* 13. ex quibus videtur dicendum, quod si turpitudo per condemnationem esset detecta, valeret dispositio, cùm tunc possit quis eam allegare, etiam agendo, vt latè diximus in lib. 3. select. interpret. in c. 13. Sed verius puto hoc non sufficere, vt dispositio valeat, quia vbi legatur illi, qui Titium occidit, etiam si detectum sit per condemnationem, quis fuerit homicida, videtur turpitudo esse causa legati, ideo legatum non valet, vt in *l. si plagii infr. de verbor. obligatio.* cum potius delicti, quàm personæ, cum persona nominata non sit, ratio habita videatur, argumentum *l. Si communis seruus ita inf. de stipulat. seruo.* nec in hac specie probatio in contrarium est admittenda, vt legatum non flagitij causa factum sit, cùm sit res mali exempli dispositio ita facta, & facit tex. *in l. libertus. in §. in adoptiua. in versic. quamuis. infra ad municipa.* nisi ille homicida proditoris esset, vel banniti, sed tunc nulla turpitudo versaretur, & cessarêt omnia supradicta.

6 Item opponitur cõtra istum tex. quod exhæredatio hęc, Titius non filius meus, vel filius in adulterio natus exhæres esto, nulla sit, vt probatur *infra de Carboniano edicto. in l. 1. in § idem ait.* Solutio, hic non errando testator hoc dixit, sed odio impulsus, filium exosus, non filium voluit appellare, quasi filius dici non mereretur, secus autem si errasset, putans eum non esse filium proprium, sed ex adulterio vxoris natum, quia tunc error in filiatione vitaret exhęredationem vt in *l. contraria* sicut aliàs per contrarium error in consanguinitate, vel affinitate vitiat hæredis institutionem, vt, *C. de hered. instit. in l. si pater, & C. de fideicommis. in l. eam quam.* & hæc est vera solutio, licet glò. hic quàm malè sequitur *Bal.* aliũ ponit intellectum quem dd. non probant.

SVMMARIVM.

EX §. PVRE.

1 *Quare non valet exhæredatio conditionalis.*
2 *Contra Raphael. Cuman.*
3 *Exhæredatio sub conditione potestatiua an valeat.*
4 *Sub impossibili conditione, non valet exhæredatio.*
5 *An possit filius institui sub contrarijs conditionibus, vel exhæredari contra Soc. & Fulg.*
6 *Exhæredatio in posthumo valet sub conditione.*
7 *Noua opinio Acostæ.*
8 *Reprobatur opinio Acostæ.*
9 *Inter institutionem, & exhæredationem multum interest.*
10 *An exhæredatio sub conditione de præterito, vel de præsenti valeat.*

PVrè autem filium exhæredari Iulianus putat, qua sententia vtimur.

Exhæredatio facta sub conditione est nulla, 1 ad quod facit tex. *infra de bono. poss. contra tabulas in l. si sub. conditione.* ratio autem est secundũ glo. *infra ista. l. in §. pen. super verbo summo veri.* quia interim dum conditio pendet, filius præteritus reperitur, ergo nullum est testamentum, vt *infra eod. l. inter cætera.* de quo statim dicemus, & *infra isto tit. in l. si ita scriptum in §. si in princip.*

Item etiam quia possibile est conditionem deficere, quod sufficit, vt nullum sit testamentum, vt *infra eod. in l. Si. filius qui in potestate.*

Sed opponitur cum glo. quando valeat exhæredatio sub conditione facta, vt *C. de institutio. & substitutio. sub conditione factis. in l. si patre, & infra isto tit. in l. filius à patre.* Solutio, exhæredatio conditionalis nulla est, si simpliciter conditionalis sit, secùs si fiet in defectum conditionalis institutionis, vt in l. contraria, quia tunc valet exhæredatio, & adeò valet, vt purgetur vitium institutionis conditionalis de suo facta, vitiosa enim erat talis institutio in suo, vt in *l. suus quoque in prin. infra de hered. insti. & in ead. l. si pater.* denique exhæredatio quæ de se esset nulla, & institutio etiam nulla ratione conditionis, si commisceantur, valet, & ita, exhæredatio efficit, vt filius sub conditione institui possit, & institutio, vt sub conditione exhæredari possit, & ideo in *d. l. pater,* idem esset, si testator ab exhæredatione inciperet cùm non possit ratio discriminis ostendi, licet *Raph. Cum.* contrarium velit, *Contra Cuma.* neque enim dicere possumus, esse formam cõstituram à lege: quia in his, quæ fiunt in eodem 2 contextu, non potest ordo formam constituere, vt *infra de here. insti. in l. cum in testamento. in §. hæc verba. & C. de fidei commis. in l. qui fide commissariam, &* facit tex. *C. de iure deliberandi. in l. filius familias.* neque obstat tex. in *l. 2 in §. priùs infr. de vulg. & pup.* quia illi tex. *infra dicendis in §. fecn. in ver. ante heredis.* apparebit responsum. Præterea non possumus dicere constitutam esse formam in *d. l. si pater,* quia ille textus respondet ad consultationem motæ controuersiæ, ideo non constituit ius nouum, vt est vulgatum, & notat glo. *extrau. de temporib. ordinandorum in c. consultationi. & extra, de filijs presbiterorum in. c. ex tua.* Leges enim futuris negotijs dant formam, non præteritis calũniam faciunt,] vt *C. de legibus in l. leges. & extrau. de constitutio. in c. 2.* & eleganter redditur ratio *in C. Theodosiano in tit. de constitutio.* vbi inquit. Non enim potest quis culpari, quòd nondum factas leges ignorauerit,] & probatur in *autent. de nuptijs in prin. collatione 4.* & ita ordo in *d. l. si pater,* potius casu, quàm ratione formæ fuit adhibitus, maximè quia etiam vbi ab institutione hęredis erat incipiendum, sufficiebat incipere ab exhæredatione, vt dicemus in *d. ver. ante heredis.* & ita opinio Raphael. Cuma. placere non potest.

Nota ergo quod exhæredatio conditionalis in filio suo non valet, quod in hoc tex. probatur nam verbo exhæredari debet adijci, debere, vt ex contextu apparet, alioquin nullum intellectum haberet hic textus, & adde secundum 3 recentiores, quod neque conditio potestatiua potest adijci exhæredationi, contra glo. in *l. fi. infra de conditio. institutio. in fi.* pone exemplũ, si filius exhæredetur sub conditione, si capitolium

non ascenderit, non enim valet exhæredatio hæc, quia si ascenderit præteritus reperietur, & exhęredatio debet esse talis, vt in nullo casu possit filius præteritus reperiri: item quia debet esse certa exhæredatio vt in *d. l. sub conditione*. vel finge ita exhæredatum filium, si filius meus capitolium ascenderit exhæres esto, euidentius in hac specie nulla esset exhæredatio; quia conditio impleri in vita filij non potest, nec cautio Mutiana in hac specie est inuenta, nec est considerabilis, vt filius pręteritus sit vel rectè exhæredatus ea non oblata.

4 Idem adde quod non valet exhæredatio facta sub impossibili conditione, argu. *infra de conditio. institutio. in l. filius.* secundum *Barthol. Soci. post Cuma. in l. 1. infra de conditio. insti.* trad. *Acost. h. 1. select. interpre. c. 8. in nu.* 8. vltra quos potest assignari ratio, quia conditiones impossibiles reijciuntur à testamento, & vitiantur, & non vitiāt fauore vltimæ voluntatis, vt *infra de action. & oblig. in l. non solum.* vbi notatur & *in §. impossibile. inst. de hæred. inst.* Sed maius est exhæredationis odium, quàm testamenti fauor, cùm ab exhæredationis odio fauor testamenti vincatur. vt in *l. præcedenti. & infra. eodem in l. cum quidam* latiùs diximus. *supra in rub. contra Bartho. Soci.*

5 *Contra Fulgo & Soci.* Item adde secundum *eundem Soci.* quod non valet exhæredatio sub contrarijs conditionibus, nec etiam institutio de filio suo, si conditiones non sunt potestatiuæ, quod etiam ponit *Rapha. Fulgo. in d. l. si pater.* quia dispositio conditionalis est, & si altera ex his cōditionibus omnino exstitura sit, vt *infra quando dies legati cedat, in l. huiusmodi.* sed licet ratio hæc vera sit, tamen opinio *Fulg. & Soci.* est falsa, quia si institutionis conditionalis vitium purgatur ab exhæredatione, sub contraria conditione facta, quare non purgabitur simili institutione? cùm vt suprà ostendimus in *d. l. si pater.* non ponatur aliquà forma, ideo omnes similes spęcies sunt admittendæ, neque obstat *d. l. huiusmodi.* quia nō nego prædictam dispositionem esse conditionalem, sicut etiam in *d. l. si pater.* Sed in his speciebus vitiatur regula legis nostræ, quando in defectum conditionis fit etiam dispositio, sicut etiam in *d. l. si pater.* vitiatur *regula in l. suus quoque de hæred. instituen.* & ideo etiam contra Soci. est dicendū eadem ratione exhæredationis conditionalis vitium, etiam alia exhæredatione facta, sub contraria conditione iuuari, cum in omnem casum filius exhæredatus reperiatur, neque obstat exhæredationem esse in pendenti, quia idē contingit in *d. l. si pater.* sed in hęreditatione sub contrarijs condition. potiùs tenerem opinionē Rapha. ex his, quæ dicemus infra nu. 8. & 9. quæ omnia sunt valde notanda, pro huius legis interpret.

6 Sed contra nostrum tex. vltra glo. opponitur quod exhæredatio sub conditione valeat, vt probatur expressè. *infra de ventre in poss. mittendo. in l. 1. in §. sed & si incertum.* Solutio, licet ibidem exhæredatio esset conditionalis à principio, tamen eo tempore, quo posthumus nascitur pura exhęredatio reperitur, quia conditio erat impleta, quod sufficit secundum *Bar. & omnes.* quia ante quàm posthumus nascatur non rumpitur testamentum, etiam si eo tempore præteritus reperiatur, vt *infra eod. in l. cum posthumus.*

7 *Noua opinio Acostæ.* His expeditis adde, quod nouissimè *Emanuel de Acost.* subtiliter vt solet in *eleganti sua repetitione. §. & quid si tantum. infra l. Gall. pag. 103. cum sequen.* discedit à communi opinione asseuerans exhęredationem conditionalem valere, cùm inter actus legitimos non connumeretur, ex accidēti tamen non recipere conditionem aliquando, sicut enim institutio conditionalis de se valet, fallit tamen in suo primi gradus, ita eodem modo exhæredatio conditionalis semper valeat nisi in suo primi gradus, qui tantum exhæredari nominatim, purè, & simpliciter potest, vt hic ad quod præmitto eiusdem Acostæ opinionem, quam supra in l. præcedenti retulimus, quòd solus filius suus masculus primi gradus, iure isto impune præteriri non potest, filij autem & nepotes etiam sui pręteriri poterant, absque eo quod testamentum esset nullum, vt *infra isto tit. in l. Gallus C. in omnibus.* & ideo omnis suus præter filium potest sub conditione quacunque institui, *vt infra de hæred. insti. in l. sed si in conditione. in §. nepotes.* ergo eod. modo omnis suus pręter filium potest sub conditione exhæredari, sic filias suas, & nepotes exhæredari posse sub conditione: & ita noster tex. solum procedit in filio masculo primi gradus, neque obstat secundum eundem tex. *infra de bono poss. contra tabulas. l. sub conditione*, vbi emancipatus filius sub conditione exhæredatus, non repellitur à bonorum poss. contra tabul. quæ præteritis datur, ergo exhęredatio conditionalis nulla est, cùm ita exhæredatus pro præterito habeatur, quia ipse respondit, id verum esse, si conditio deficiat, vel adhuc pendeat, secus si ad impleta esset, tunc enim à bonorum poss. contra tab. repelleretur, denique vult vt exhæredatio talis mero iure valeat, effectus tamen eius si nondum cōditio adimpleta sit, vel sit defecta, nullus erit ad excludendum liberos à bon. poss. 8

Contra Acost. contra tab. Sed hæc opinio Eman. de Acost. vera esse non potest: licet enim illa sua opinio vera sit, pręteritis liberis, præter filium suum masculum primi gradus, non esse nullum testamētum tempore digestorum, vt diximus latè supra l. 2. tamen non puto aliquid agi sub conditione exhęredando, id enim non plus esse, quā si præteriti forent. pro quo primo est tex *in dicta l. sub conditione*, quæ vult constituere differentiā inter institutionem, & exhæredationem, vt institutio conditionalis valeat, exhæredatio autē non valeat à principio, & subditur ratio, certo enim iudicio liberi à parentum successione remouendi sunt. item quia si exhæredatio ab institutione regularetur, etiam filius suus masculus primi gradus sub conditione potestatiua, sicut institui, ita exhæredari posset, & tamen iste tex.

tex. indistinctè exhæredationem filij sub conditione improbat, nulla inter conditiones differentia constituta,& ita etiam.dd.interpretantur,vt suprà diximus .item inter exhæredationẽ & institutionẽ sub conditione factas hoc interest, nam sub conditione instituto subuenit, prætor etiã. pendẽte conditione concedendo ei bono.poss.secundũ tabulas:quę deficiente con-
9 ditione in bono poss. contra tabulas.conuertitur, vt *infra de bono possess. secundum tabulas l.* 2. §. *Si sub conditione & infr.de bono, possess.contra tabulas l.*3.§. *Sub ea conditione*: at, exhæredato sub conditione nullum potest excogitari remedium, quo interim vtatur,quòd existente condirione in querelam conuerti possit, & licet excogitari possit:id enim lege,non iuuatur,nisi id solum quod existente exhæredarione nulla daretur, rursus si talem exhæredarionem diceremus valere, quare existente eius condirione non repelletur filius à bonorum possessio . contra tabulas,& si dicatur repelli,& attendendum conditionis, aduentum tex.in *dicta.l.sub conditione.* id negat,& etiam *ipsemet Emanu.de Acost.*ideo dic exhæredationem sub cõditione etiam filiæ, vel nepotis factam,nullam esse,non vt testamentũ nullum sit,ipso iure, sed vt ita iudicetur, ac si exhæredatio talium liberorum facta non fuisset, sed simpliciter præteriti essent,nam aliud est exhæredationem nullam esse, aliud testamentum,cùm vt superiùs diximus,exclusa exhæredatione,præteritio talium liberorum non viriet testamentum iure isto,quod cùm hodie sublatum sit *per l.maximum vitium C.de libe. præte.* verũ est hodie exhæredatione conditionali nullum esse testamentum,cùm omnes liberi ad ius filij sui masculi primi gradus redigantur, & ita opinio Acostæ,quod attinet ad nostrum tex.placere non potest.

Nec obstat,quod *Vlpianus* specialiter in hoc tex.loquatur in filio, quasi sub sentiat,aliud esse in cęteris liberis, quia respondeo: aliud esse in filio,vt ita exhæredato testamentum nullum sit,de quo in isto tit.principaliter agitur,vt ostẽdatur filio suo præterito,vel male exhęredato, nullum esse testamentum: quod in cæteris liberis non esset,cùm etiam præteritis illis non sit nullum,quantum verò ad inualiditatẽ exhæredationis sub conditione factæ, nihil à filio suo masculo cæteri distant liberi, vt in *dicta.l.sub conditione.*

Sed adhuc instari potest,quid enim interest, esse nullum,vel validam talem exhæredationẽ cum ea existente nulla succedat præteritio,quę in illis liberis sufficit, vt testamentum nullum non sit.Solutio:licet hoc verum sit inspecto iure ciuili, quoad validitatem testamenrit,tamen quoad effectum interest, quia exhæredatis querela datur:his verò præteritis iure accrescendi portio vendicabatur,ideo liberis præteritis datur bono.poss contra tab. quæ exhæredatis non daretur, *vt infra de bono poss. contra tab.in l. non putauit.§.non quæuis.& in d.l.sub conditione.* ideo vltra omnes pone veram resolutionem,Si quærarur,an exhęredario sub conditione facta sit nulla,& indistinctè est nulla,vt diximus,ideo si fiat dę filio suo, testamentum erit nullum ipso iure,de iure ciuili,neque est opus querela,& idem de iure prætorio , & datur ei bonor.poss.contra tab.vt *in dicta leg.non putauit, & dicta l.sub conditione.*Si verò fiat de filio emancipato, & alijs liberis etiam suis,erit etiam nulla exhæredatio,iure ciuili,& prætorio, iure tamen ciliui non erat testamentum nullum, sed per ius accrescendi,vel virilem,vel semissem auferebant,secundum distinctionem constitutionis Antonini,quæ refertur,*in l.si C. de liberis præteritis,vel exhæredat.*de iure antem prætorio,cum vitiosa sit talis condirionalis exhæredatio,dabitur bono.poss.contta tab.quæ præteritis datur, neque præteritio pro exhæredatione nisi à matre fiat habetur , & licet olim etiam à prætore fiebat distinctio inter masculos,& fœminas, *vt illo libello Vlpiani in tit.qui hæredes institui possunt.* vbi inquit,Mancipatos liberos cum iure ciuili neq; hæredes instirnere, neque exhæredare necesse sit,tamen prætor iubet,si non instituantur hæredes,exhæredari omnes masculos nominatim, fœminas vel inter cæteros,alioquin contra tab. bono poss.eis pollicetur,]tamen *leges digest.in tit. de bono.poss.contra tab.* quæ loquantur de fœminis liberis non reperiuntur, quod fortè à compilatoribus de industria factum est: quia hæ differentiæ à Iustiniano fuerunt sublatæ, ex quibus intelliges,quando liberi præteriri impunè possint,vel exhæredari deberent,tam in liberis primi gradus quàm vlterioris,& tam iure prætorio quàm ciuili.

Locus Vlpiani.

Vlteriùs circa nostrum tex.quæritur, vtrum 10
valeat exhæredatio sub conditione de præterito,vel de præsenti,in quo respondeo, quòd valeat talis exhæredatio , quia hæc conditio non suspendit, *vt supra si cert pet. l. cùm ad præsens.* sed opponitur , donec constet impletam esse , vel non,conditione suspendi, sed respondeo quòd non suspenditur , quia effectus, qui iuris est, stati producitur, ius enim probatione non suspenditur, quia semper certum est, de eo quod natura est certa,vt *infra de acquir. hæred.in l.cum quidam in §.suum hæredem. & infra. de cond.institutio.in l.fi.* item quia hoc institutione non attenditur,vt *infr.de con. institutio talis in §.fi.*& pro ista opinione est tex. notab. licet ad hoc à doctoribus non allegetur.*infr. de ventre in poss.mittẽ.in l.1.§.sed & si incertum.*quem ad aliud propositum supra allegaui , nam ibidem valet exhæredatio posthumi, facta sub condirione, quia eo tempore , quo posthumus natus fuit, iam conditio erat impleta,& sic præterita , nec attenditur, constaret iam de implemento , vel non constaret,sufficit enim existentia, nec probatio remoratur iuris effectum,& hoc patet in *d.l.institutio talis.in §. fi.* an autem procedat iure nouo stante,*l. quoniam prioribus. C. de inofficioso testamento*, per quam tollitur omnis conditio, & omnis

Notanda interpretatio.

omnis dilatio posita in filij legitima, quæ in cõditione tam de præsenti, quam de præterito cadere potest: interim quàm sumus certi de eius implemento cogita, verius tamen credo quod dicta l. non sit correcta per rationem in ea positam, item quia licet suspenderet de facto illa incertitudo, filius tamen sub ea conditione institutus interim remedio bon. possess. secundum tabulas vti potest. vt *infra de bon. possess. secundum tabul. in l. 2. in §. Si sub conditione*, & etiam de iure ciuili sibi datur remedium, vt *infr. de hered. instituen. in l. Si quis instituatur heres.* ideo neque de facto, neque de iure sit sibi aliquod impedimentum, de iure non, quia ius iam est certum, de facto etiam non sit impedimentum, cùm per prçfatam bon. possessionem quæ facti est, statim ei subueniatur.

SVMMARIVM.

EX. §. FILIVS.

1 *Tempore digest. non poterant fieri legata, ante hæredis institutionem.*
2 *De intellectu l. ante tabu. & in l. Si quis infra de iure codicillorum.*
3 *Quando testamentum potest incipere ab exhæredatione.*
4 *Quando exhæredatio facta à persona valeat*
5 *An exhæredatio facta à persona, valet, si hæreditas ad eam personam peruenit.*
6 *Exheredatio facta sub conditione, Si hæres fuerit, non valet,*
7 *Additio hæreditatis requiritur ad confirmationem contentorum in testamento, non ad validitatem.*
8 *Voluntas hæredis nõ est necessaria delationi, sed acquisitioni.*
9 *Verus sensus huius. l. contra Soci.*
10 *Exhæredatio quando ad omnes gradus trahatur.*
11 *De intellectu. l. 1. C. de lib. præterit.*
12 *Verus intell. huius l.*
13 *Intell l. pe. infr. tit. 1.*
14 *Clausula in medio posita ad omnia refertur.*
15 *Intell. c. inquisitioni. De appel.*
16 *Accessoria non referuntur ad sequentia, sed præcedentia.*

Filius inter medias quoque hæredum institutiones, rectè exhæredatur, & erit à toto gradu summotus, nisi fortè ab vnius persona cũ testator exhæredatio, quemadmodũ, si ita cùm exhæredauerit, quisquis mihi hæres erit, filius exhæres esto, nam vt Iulianus scribit, huiusmodi exhæredatio vitiosa est, quoniã post aditam hçreditatem voluit eum summoueri, quod est impossibile: ante hæredis institutionem exhæredatus, ab omnibus gradibus summotus est, inter duos autem gradus exhæredatus, ab vtroque remotus est, secundum Scæuolæ sententiam, quam puto veram, in eo qui miscuit duos gradus, exhæredationem valere Martianus rectè putat, veluti primus hæres esto ex semisse hæres esto, tertius ex alio semisse hæres esto, filius exhæres esto, tertius ex alio semisse hæres esto filius exhæres esto, si tertius hæres non erit, quartus hçres esto, non ab vtroque gradu summotus est.

Subtilis est hic §. & difficilis, quod ferè com- 1
mune est omnibus legibus huius tit. pro eius intellectu præmittendum est, quòd iure antiquo ante hæredis institutionem legata fieri nõ poterant, neque etiam libertates relinqui, licet maximè fauorabiles essent, hæredis enim institutio, erat caput testamenti, à qua incipiendum erat, vt in *inst. de leg. in § ante heredis.* quod tempore digestorum obseruabatur, Durauit enim vsque ad tempora Iustiniani, qui hoc emendauit, vt expressè in illo §. pater, & quòd corpore digest. & Vlpia. hoc obseruabatur patet ex *libel. illo Vlpiani, qui 24. tit. ex tempore Vlpiani appellatur, in tit. de legat.* hæc verba inquit, Ante hçredis institutionem legari non potest, quoniam hæc potestas ab hæredis institutione incipit,] in fidei commissis verò, quia nullo iuris vinculo fouebantur à principio, vt patet *inst. de fide commiss. hered. in princ.* non inspiciebatur, ante, vel post hæredis institutionẽ fierent, vt *ipsemet Vlpianus* inquit *in præfato libell. tit. de fidei commiss.* his verbis Fidei commissum, etiam ante hæredis institutionem, & post mortem hæredis: & codicillis & non confirmatis testamento, dari potest, licet legari non possit,] ex quibus apparet, etiam tẽpore digestorũ, hoc obseruari: ex quo plures leges digest. possunt interpretari, quod etiam eleganter explicat *Manuel de Acosta*, licet Vlpiani nõ fecerit mentionem, *in repetitione l. Gallus. in §. & quid si tantum pag. 10. cum sequent.* vbi inter alia, declarat tex. nota. *infra de hered. insti. l. 1.* vbi ponitur hçc regula, inquit enim tex. in principio, Qui testatur ab hæredis institutione plerumque debet initium facere testamenti, ecce tex qui hoc expressè probat. quod enim ibi inquit glo. debet, idest potest, mala est interpretatio, neq; potest defendi. licet eam sequantur dd. Alioquin colligeremus ex textu, aliquando ab hæredis institutione testatorem incipere non posse, & tamen non potest fingi casus, in quo verum sit, vt testator nõ possit incipere ab hæredis institutione, item etiam exponere debet, idest potest, magis est destruere legẽ, quàm interpretari, ex his quæ dicemus infra in *l. Gallus*, item hçc doctorum interpretatio destruitur per tex. *d. l. 1. in versi. licet*, vbi inquit, licet etiam ab exhæredatione quam nominatim facit.

Interpretatio l. 2. de hered. instituend.

Ex his colligitur verus intellectus, & ratio
vera ad tex. notab. *infra de iure codicillorum in l. ante tabulas.* vbi codicilli facti ante testamentum, nõ valent, nisi testamento confirmentur, tũc enim in eo facti videntur, vt *infra de hæred. institut. in. l. asse toto.* post testamentum vero facti semper valent. vt *infra. de iure codicillorum in l. Si quis*, cùm testamentum nullum quod ex eo fit, quia qui ante testamentum fiunt codicilli, hæredis institutionem præcedunt, ideo non valent, nisi confirmentur in testamento, qui verò fiunt post testamentum, cum fiant post hæredis institutionem, valent, ideo

2 *Interpreta. l. ante tabulas. de iure codi.*

ideo dicendum est, confirmationem codicillorum ante factorũ debere fieri post hæredis institutionem, alioquin idem vitium haberet cõfirmatio, quod habuerunt codicilli. Denique iure digestorum ab hæredis institutione debẽt incipere testator.

3 Receptum tamen est, posſit etiam ab exhæredatione, quæ nominatim fiat, incipere, vt in d. l. 1. quia & ipsa de forma testamenti, ideò vel in principio fieri potest, vel inter ipsas medias hæredum institutiones: vt hic tex. dicit, & optimè interpretatur *Emanuel de Acosta, vbi suprà*, exhæredatio autem inter cæteros secundum eundem, post institutionem fieri debebat, alioquin viciaretur exhæredatio, sicut omnia alia, quæ institutionem præcederent, non autem omnia quæ continerentur in testamento Ex his intelliges rationem dubitationis huius tex. & vide quæ ponit *Alciatus in lib. 2. Parerg. in c. 6.*

4 Nota primo quod exhæredatio facta ab vna persona non valet; ratio est, quia ab alia filius præteritus reperitur, neque fieri potest, vt testamentum respectu vnius personæ valeat, respectu alterius non valeat, vt *hic & infra de bono. poss. contra tab. in l. non putauit. in §. si ab vno.* quod eleganter intelligit *Cuma. & Paulus de Castro*, quando instituti essent plures hæredes, secùs autem si solus vnus esset institutus, quia tunc valet exhæredatio facta à persona, quod verisimum est, quia in hac specie gradus à persona non differt: persona enim constituit gradum, & gradus est idem cum persona, & pro hoc fac. tex. *infra isto titulo, in l. si à primo. in princ. & in l. nam & si sub conditione.* nam ibidem fuit exhæredatio facta à persona, & est text. in *l. filius quoque in §. fi. infra. de hered. instituend.* hæc autem intelligit *Alexand.* de Imol. hic, referendo Bal. & Salicetum, post glo. *infra ista l. §. fi. si* exhęredatio fiat à persona per nomen appellatiuum, vt filium meum ab hærede exhæredo secus si per nomen proprium, vt exhæredo filiũ meum à Titio, nam & si Titius solus sit hæres institutus, nulla est exhæredatio: sed hæc opinio falsa est, & eam meritò reprobat *Bartho. Socin.* pro quo facit, quia vbi non potest variari persona, nihil interest inter nomen proprium, & nomen appellatiuum. vt *in l. 1. & 2. supra isto titu.* vbi latius diximus, sic ergo exhęredatio à persona nulla est, quando aliqua persona remanet, à qua filius reperiatur pręteritus, secùs verò si nulla persona reliqua sit, à qua non sit filius exhæredatus, & ideo si pluribus hæredibus institutis, in vno, vel in pluribus gradibus, ab omnibus speciatim, & expressè sub nomine proprio esset filius exhæredatus, valeret exhæredatio: vt *infra titu. proximo in l. penulti.* nec placet quod tentat *hic Cuma.* quòd ideo exhæredatio à persona non valet, quia videtur sub conditione exhæredatio facta: si hæreditas ad illam personam peruenit, & ideo tanquam conditionalis exhæredatio non valeat: hæc enim ratio non est bona, nam si vera esset etiam non valeret exhæredatio facta à gradu, quod est contra textum nostrum. & licet ea esset conditio non tamen vitiaret, dum modo non sit persona, non sit gradus, non sit tempus, quo hæreditas delata sit, quibus filius præteritus reperiatur, quia ea conditio tacitè inest, & eodem modo inest, quo exprimitur, quando delationem hæreditatis, & non aditionem respicit, vt infrá dicemus latiùs contra Socinum & apparebit ex his, quæ statim dicentur, licet *Cumanus* dubitet.

Contra Alexand.

Contra Cuma.

5 Quæro igitur, quid si hæreditas perueniat ad illam personam solam, à qua facta est exhæredatio, vtrum exhæredatio valeat, respondeo: aut peruenit, antequam ius rumpendi esset ortum, vt in posthumo nondum nato exhæredato, & valet exhæredatio, vt si duobus hæredibus institutis in duobus gradibus à solo Titio, qui erat positus in secundo gradu, posthumum exhæredet, & solus Titius reperiatur, si eo tempore quo posthumus nascitur hæreditas ei fuerit delata, valida erit exhæredatio: aut ante ius rumpendi fuit ortum, quàm hæreditas illi à quo fuit exhæredatus filius, deferetur, tunc quia filius aliquo tempore præteritus reperitur, nulla est exhæredatio, ex his quæ dicemus *infra ista l. in §. fina in oppositione l. non putauit*, & faciunt, quæ diximus supra *ista l. in §. purè, in numero* 10.

6 Item nota ex vers. quemadmodum, quod exhæredatio sub hac conditione, si institutus fuerit hęres, non valet, tanquam conditionalis, hæc enim verba, quisquis mihi hęres erit posita in textu, hoc significant: vt *infra de vulga. & pupil. substit. l. qui liberis, in § hac verba.* Sed oppono, nonne in exhæredatione tacitè inest conditio, si hæreditas ex eo testamento, quo exhæredatio facta est adeatur? vt *infra de bono. poss. contra tab. l. filium. §. cum exhæredatio.* vbi *Tryphonius* inquit. Sed cùm exhæreditatio, non adita hæreditate, ex testamento nullius sit momenti. Et *infra ad Senatus Consult. Silan. l. cùm exhæredatus.* vbi inquit *Paulus*, Si exhæredatus filius, antequam adiretur patris hęreditas occisus sit, ex euentu inspicietur, vt si adita fuerit hæreditas, quasi alieni fuisse videantur: si verò irritum testamentum factum sit, quia ipsius essent, si viueret, omnia perinde agantur, ac si dominus esset, quę lex in disputatione fecit mihi maximum honorem, quia cum argumẽtaretur ex illa l. contra quasdam nouas opiniones, defendens illas, obmutuit, & non aperuit amplius os suum, & facit *supra de in officioso testamento, in l. Papinianus. §. Si conditioni.* ergo id exprimere, quod de natura actus inest, non debet vitiare exhæredationem, imò magis eam deberet id confirmare, adeò enim contra legem non videtur facere, qui ita disponit, vt apertissimè curare videatur, vt legis dispositio obseruetur, arg. text.

text. *infra de manumiss. testa. l. Si quis locuples. in fi.*

7 Solutio, aditio hæreditatis ad confirmatio-
nem exhæredationis requiritur, sicut est neces-
saria ad confirmationem legatorum , & om-
nium in testamento contentorum , non au-
tem requiritur ad validitatem, vel substantiam
exhæredationis , quia etiam ante aditionem
valet, sicut & legata valent, & totum testamen-
tum etiam antequam hæreditas adeatur, valuit,
& sic vt ab initio subsistat institutio, vel exhæ-
redatio, vel legatum , non expectatur aditio,
& ideo si exhæredationi conditio adijciatur,
si hæreditas fuit adita , substantiam disposi-
tionis suspendit , & aditio hæreditatis, quæ de
sui natura solùm ad confirmationem require-
batur , nunc erit necessaria , etiam ad eius
substantiam , & ex pura efficietur conditio-
nalis, neque intelligas fieri , similiter in exhæ-
redatione , & in legatis , quia legatum non ef-
ficitur conditionale : si dicatur , si hæres erit,
vt in *l. 3. de lega. 1.* licet exhæredatio conditio-
nalis fiat , quia in legatis semper inest , quia
sunt accessoria : & eodem modo , videtur
exprimi legatorum fauore , quod cessat in
exhæredatione, secundum Cumanum & quia
exhæredatio licet sine aditione non valeat ,
non tamen vt appendix , neque eius à manu
hæredis fit executio : sicut in legatis fit , ideo
videtur semper alio modo exprimi , quam in-
est , sicut dicimus in conditione hac , si volet ,
adiecta legatario , vel hæredi instituto , quę
hoc operatur : vt nec hæreditas , nec legatum
sint delata , antequam ipse velit , quæ aliàs
8 eo ignorante, & hoc expressè non volente de-
fertur , si illa conditio non esset adiecta , li-
cet enim voluntas eius semper sit necessaria,
vt legatum , vel hæreditatem consequatur ,
non tamen requiritur , nisi à testatore expres-
sum sit , vt hæreditas vel legatum deferatur ,
nam eo ignorante defertur , quo fit , vt volun-
tas quæ semper ad acquisitionem est necessa-
ria, si referatur ad delationem , reddat dispo-
sitionem conditionalem , respicit enim tunc
productionem , quæ aliàs solum affectum re-
spiciebat , vt est text. *infra de legat. 1. l. Si ita
legatum. in §. Illi si volet , & infra de hæred. in-
stituend. in l. iam dubitari. & in l. Cornelius.* & in
materia nostra hæredationis est text. elegans
cum expositione glosæ , ibi *infra de hæred. insti-
tuend. in l. Si quis Sempronium. circa fi. & vi.* quæ
9 dicam infra numero. 12. Ex his omnibus con-
stat, malè loqui Soci, hic , qui dicit exhæreda-
tionem facta à persona hæc significare , si hæ-
reditas fuerit in illa persona per aditionem ,
quia imò debet interpretari , id est , si fuerit per
delationem, non per aditionem, vt volebat So-
ci, alioquin etiam exhæredatio facta à gradu es-
set nulla, contra textum nostrũ, & etiam vt su-
pra diximus : & licet tex. noster in illa compa-
ratione , quam facit in versiculo , quemadmo-
dum, videatur facere pro Socino, quia vult tex.
quod sicut, quando testator per hæc verba ex-
hæredat filium, quisquis mihi hæres erit, filium
meum exhæredo, exhæredatio est nulla , quia
post aditam hæreditatẽ videtur exhæredatus ;
requiritur enim, vt aliquis sit hęres , & sic adij-
citur conditio aditionis exhæredationi , ita
etiam quando exhæredatio fit à persona, vt pa-
res sint hi casus, & sit bona similitudo , & ratio
in textu : sed subtiliùs inspiciendo, non debet
ita noster textus declarari , sed vt casus similis,
& non idem, & velit *Vlpianus* hoc significare
exhæredationem , ab vno factam , nullam
esse , quia ab alijs reperitur præteritus, quem-
admodum illa vitiosa est exhæredatio , quis-
quis mihi hæres erit , filius exhæres esto ,
quia aliquo tempore, id est antequam adeatur
hæreditas , reperiatur præteritus & non ex-
hæredatus , & hoc solum agit consultus, vt ex-
hæredatio vitiosa sit , si aliquo casu hæredita-
te delata, vnico momento filius reperiatur non
exhæredatus , quod contigit filio exhęredato
à gradu, si in alio gradu hæreditas versetur, vel
si à persona sit exhæredatus , cúm ad aliam
personam hæreditas sit delata , vel si in tem-
pus aditionis hæreditatis cùm antea præteri-
tus reperiatur , & ita argumentatur hic *Vlpia-
nus , in versi. quemadmodum.* de personis ad tem-
pus , neque in eadem specie , sed in simili ver-
tatur , & ita *in versi. quemadmodum* , ponitur si-
mile , quod sicut si filius reperitur ab aliqua
persona præteritus , sit nullum testamentum,
ita si in aliquo tempore præteritus sit : ex
quibus apparet male loquutum fuisse So-
cinum in omnibus illationibus quas hic
facit.

Vlterius nota , quòd exhæredatio factum 10
intra gradum non trahitur ad alios gradus ,
quod notat *glossa in verbo toto.* cuius ratio est,
quia tunc est magis cui referatur , ideo non
refertur ad omnes gradus, secus est vbi fit ex-
hæredatio in principio, vel inter gradus , re-
fertur enim ad omnes , & non est ratio quare
magis ad vnum referatur : vt *C. de libero præter. l.
1.* & idem si in fine post omnes gradus fiat ex-
hæredatio : vt *hic , & ibi.* Sed *Fulgosius in dicta.* 11
l. 1. vult , quod exhæredatio in fine facta ad
omnes gradus non referatur, nisi quando gra-
dus essent earumdem personarum, per *d. l. 1.*
Item quia ibi vult lex , exhæredationem in fi-
ne positam ad omnes gradus trahi , si ea mens
sit testatoris, ergo si ea mens non ostendatur ,
exhæredatio in fine posita non trahetur ad
omnes , sed aduertendum est quòd ideo ibi-
dem de testatoris voluntate lex facit mentio-
nem , vt regulæ ibi positę vitientur , si diuersa
volũtas testatoris ostendatur, & ita possit proba-
tio admitti contra glo. ibi: in dubio autẽ verius
est contra Fulgo. exhęredationem in fine posi-
tam ad omnia esse referendam, & quod ibidem
textus dicit, Appareat. dic quòd apparet , nisi
contrarium ostendatur, sicut alias fit similis in-
terpretatio. *C. qui militare possunt liber. 12. l.
super*

Contra Socin.

Contra Fulgo.

super seruis. in glo.& C.de pet.hæred. l.2. in glo. & ne dura nimis videatur hæc interpretatio, considerandum est, quod in *dicta l.1.* illæ regulæ præmittantur ad decisionem vltimi casus: de quo consultus est imperator, prima regula exhæredatio refertur ad omnes gradus, si hoc dixit testator, verum nonne idem dicendum erit, si de eius voluntate ex coniecturis appareat: & imperator vult idem esse, sed in specie, quæ in fine ponitur, constat de hac voluntate, quia non est ratio, quare magis ad posteriorem gradum, quàm ad ambos referatur, sed quid si non constet, hoc idem erit, sed quia quæstioni propositæ non erat necessarium hoc, non decidit imperator, vel quia semper ex hac ratione constabit, & ita tenendum est, contra Fulgo.

12 Circa quod notandum est, quòd exhæredatio est priuatio hæreditatis: vt hic notat *Bar.* & facit tex. *infrà de verb. obliga. in l. quidā cum filiū* ideo de sua natura non ad personas hæredum, non ad gradus, sed ad hæreditatem refertur. Dubium ergo est, quando exhæredatio fit inter gradus, aut intra gradum, quia est conclusa, non vtrum ad omnes extendatur (sua enim natura cum hæreditatem respiciat, omnia comprehendit) sed vtrùm restringatur ratione illius oppressionis, ideo verius puto, siue fiat in fine contra Fulgosum, siue intra gradum contra glo. & dd. cum *Petro de Besutio*, quem referunt recentiores, siue inter gradus, siue in principio ad omnia referri, & omnia comprehendere, neque amittere suam naturam, vbicumque constituatur, nisi contrarium velle testatorem manifestissimè appareat, & pro hoc videtur tex. expressus in hac l. quia in fine vult, quòd si exhæredatio sit inter duos gradus conclusa, vt si instituat Titium, posteaque filium exhæredet, & eidem Titio substituat, aliosque gradus faciat, exhæredatio hæc non solum ad institutionem primam Titij, sed etiam ad reliquas omnes, tam secundi, quàm vlterioris gradus trahitur: si igitur inter duos gradus posita non restringitur ab eis, neque opprimitur, vel retinetur, sed inuenit transitum ad tertium gradum, & vlteriores per secundum, quare conclusa intra gradum ab illo detinebitur, vt ad alium gradum transitum non faciat? minor enim transitus est hic, quàm ille, altero tanto, est enim inter eos proportio dupla: finge hos gradus esse lapideos, & quendam in medio vnius gradus constitutum, alium vero in medio duorum graduum, facilius transibit ad aliū, qui in medio vnius est, quàm qui in medio duorum, cùm vnus distet à gradu proximo dimidio gradu, alius verò vno gradu integro, imo si procedas addendo plures gradus, distabit in infinitum, si in infinitum fingas gradus: neque obstat textus noster in principio, ibi, à toto,] in quo vult glo. & dd. quod à toto non ab omni gradu sit filius exhæredatus, exhæredatione inter medias institutiones constituta, quia respondeo, quòd hic fingitur casus, quando vnicus solus gradus est constitutus, neque transit testator ad alios gradus, neque aliud ex textu apparet, quicquid dd. & glo. contingant, neque etiam obstat tex. quem pro hoc allegant glo. & dd. *infrà de iniusto rupto. l. pen.* quia ibid. exhæredatio à personis, vel certo gradu facta est specialiter & expresè, ita vt non possit cadere quæstio voluntatis testatoris, quicquid *Bar. & alij hic, & ibidem*, velint, & ita habes verissimum sensum legis nostræ, & *d. l. pen.* 13

Contra Fulg. Contra gl.

14 Ex his omnibus & ex nostro textu colligi potest, & etiam colligunt dd. quod clausula in medio posita, refertur tam ad sequentia, quam ad præcedentia, facit tex. *extrau. de verb. signi. li. 6. c. exij. §. dicimus quoque.* vbi dicit tex. in hæc verba, Et vtriusque iuris argumenta nos docent, eá quę in principio ad medium & ad finem, illa vero quæ in medio ad finem atque principium, & ea quæ in fine ad vtrumque vel eorum alterum sæpe referri.]

Sed opponitur quòd clausula in medio posita solùm ad præcedentia referatur, & non ad sequentia, vt est textus expressus *extrau. de appellationibus. c. inquisitioni.* vbi dicit tex. quòd clausula appellatione remota in medio rescripti posita, ad præcedentia, non ad sequentia referatur, ad quod *Philipp. Deci. ibidem* respondet, id contingere, quia clausula appellatione remota odiosa sit, cum auferat remedium iuris communis, & ita sit restringenda. *Iason* autem *in hac l. in col. antepe.* contendit clausulam appellatione remota fauorabilem esse, quia tantum auferet appellationes friuolas: vt *extrau. de appellatio. in c. pastoralis. & in c. vt debitus.* quicquid sit illa solutio Decij, nihil valet, quia est contra tex. nostrum, cùm exhæredatio in medio posita ad præcedentia & sequentia referatur, quæ tamen maximè odiosa est, vt sæpius dictum est, maximè supra *eodem in l.2. & in rub.* & ita ille tex. *in dicto c. inquisitioni.* non satis bene à doctoribus interpretatur.

Contra Decium.

Ideo vltra dd. considerandum est, quòd sunt quædam clausulæ accessoriæ, quæ per se stare non possunt: vt est clausula appellatione remota, quæ posita in medio ad præcedentia refertur, non sequētia: vt in *d. c. inquisitioni,* quia præposterū esset ab accessorijs incipere: vt *infrà de vulg. & pupil. in l.2. in §. prius, infra & de iure codicill. l. quod per manus.* Sed si ad sequentia alia referetur eorum respectu, caput esset illa accessoria clausula, quod esse non debet, prius enim debet poni substantia, quàm qualitas, quæ per se stare non potest, vt *supra de vsufruct. in l. vsufructus.* ita in clausula appellatione remota, dicemus, cum accessoria sit, per se stare non posse hoc causâ principali, cui accedit cum omnibus suis articulis ei adiacentibus: vt *eod. tit. de appel. c. secundo requiris.* vna enim causa diuidi non debet, nec alterius qualitates iudicari: vt *C. de iudic. in l. quoties. & l. nulli. & infrà de vsucapio. l. cum qui ædes.*

Denique nunquam clausula accessoria refertur ad sequentia, nisi necessitatis causa, vt maius inconueniens euitetur, id contingat, vt *in d. c.*

secundo requiris, alia verò est clausula non accessoria, sed principalis, qualis est exhæredationis, & hæc etiam si odiosa sit ad omnia refertur, tam ad præcedentia, quàm ad sequentia, quia in ea non contingit illa absurditas, quę in clausulis accessoriis sequeretur, & hoc etiam facit pro opinione nostra supra posita, quòd exhæredatio intra gradum posita ad omnes gradus referatur, quia vbicunque ponatur, nulli accedit, sed per se stat, & de materia quando clausula ad omnia referatur, vide text. *infrà de reb.dub.l.fi.vbi Bar.*

Vltimò not. ex glo. quòd ad exhæredationem requiruntur quinque. Primum quòd fiat nominatim, vt in præcedentibus legibus & in principio huius, quod quando fiat latius vidimus in l.præcedenti. Secundò quòd fiat purè, vt *in verſ.pure*, vbi latius diximus. Tertiò quod à toto gradu, non à certa persona fiat exhæredatio vt hic, Quartò, quòd à tota hæreditate, non à re certa filius exhæredetur, vt *infrà isto tit. l.cum quidam*, quę omnia quatuot vno solo verbo possunt comprehendi, scilicet vt ita fiat exhæredatio, quod nec res, nec tempus, nec persona in qua versetur hæreditas aliquo momento reperiatur quod filius suus non sit exhæredatus, quod not. Quinto requirit glo. vt inseratur causa in exhæredatione, de quo alibi dicetur, quia hic non est proprius locus. Sexto secundum *Paul. Alex. & Iaso.* requiritur vt adeatur hæreditas, vt *infra de bono.poss.contra tab.l.filium. §.Sed cum exhæredatio.* sed hoc falsum est, quia ad validitatem exhæredationis non requiritur aditio, licet ad eius confirmationem requiratur, sicut etiam ad validitatem testamenti requiritur, vt suprà diximus.

SVMMARIVM

ex §. Si ita.

1. *Substitutio quando ab institutione pendeat & num 5.*
2. *De intell. l.in illa stipulatione, si Kalendis, infra de verbo. oblig.*
3. *De intellect. l.si homo mortuus ff de verbo.oblig.*
4. *De interpretatione l.vni.in §.in primo & §.pro 2. C. de cadu.tollend.*
5. *Substitutio an sit accessoria institutioni.*
6. *Accessorium dupliciter sumi potest.*
7. *Quando accessorium requirat vt principale cui accedat valeat.*
8. *De intellect. l.1.in §.si venter, infra de vent. in poss.mitt.*

§ SI ita testatus sit pater familias, vt à primo quidem gradu filium præteriret, à secundo solo exhæredaret Sabi. & Cass. & Iulia. putant, perempto primo gradu, testamentum ab eo gradu exordium capere vnde filius exhæredatus est, quę sententia comprobata est.] Istum text. petiit *Didacus de Segura*, cuius repetitio quid faciat ad istum titulum alij iudicabunt, & an leges difficillimæ istius tituli illa declarentur: sed tu oppone eum glo. & *Bar. d. tex. infra tit. proximo in l.nam & si sub conditione. §.fi.* vbi si posthumus prætereatur à primo gradu, & exhæredetur à secundo gradu, & postea nascatur, totum testamentum rumpitur, non solum primus gradus.

Solutio ibi loquitur in posthumo in nostro 1
textu de filio iam nato tempore testamenti, ratio est quia vbi filius iam natus præteritur à primo gradu, & exhæredatur à secundo, primus gradus statim efficitur nullus à principio, ideo secundus gradus ei non accedit, subducto itaque isto primo gradu, statim succedit secundus, à quo incipit testamentum, qui secundus gradus nullum habet vitium, cum ab eo filius sit exhæredatus nominatim, sed vbi posthumus præteritus est in primo gradu, non est nullus à principio ille gradus interim dum non nascitur, vt *infrà tit.proximo in l.3.in §.ex his.* ideo secundus gradus in quo exhæredatus est, cum accedat primo, vitiabitur, gradu primo natiuitate posthumi vitiato, cum exhæredatio versata fuerit apud aliquem gradum, à quo reperiatur præteritus, ideo non incipit à substitutione testamentum, sed ab institutione, quæ semel valuit, & substitutio, quæ isto casu accessoria est viciatur, quia vitiatur principale, & pro ista ratione *Bar. alleg.* hic id quod notatur *infrà de verbo. oblig. in l.si homo mortuus, & in l.in illa stipulatione si Kalēdis*, in solutione illarum ll. ad quod considera, quòd dd. in nostra lege pro inductione illarum ll. allegant *Bar. in l. ista stipulatum, in 12.opinione primæ partis. infra de verb. oblig.* ex quibus verbis colligitur solutio duarum ll. scilicet *d.legis si homo mortuus. & l.stipulatio ista.in §. alteri.eo titul.* nam si mihi promittis, dare Titio centum, & si ei non dederis mihi pœnam promittas, valet promissio pœnæ, quia principalis stipulatio de dando Titio nulla fuit à principio, ideo ab hac secunda, quæ nullum vitium habet incipit obligatio, nec illi primæ accedit, quia à principio nulla fuit, cùm in fauorem alterius facta fuit, vt in *d.§.alteri.* sed si hominem puta Stichum sistere promittas alioquin pœnam, cum hic pœna obligationi validæ accedat, soluta prima obligatione sistendi hominem Stichi morte, quæ principalis valida fuit, soluitur & pœnalis accessoria, quæ ei adhærebat, vt in *d.l.si homo mortuus.*

Sed quorsum hic inducitur per *Bart. dicta l. in illa stipulatione?* Dic quod illa lex sic potest induci, & pro eius inductione opponitur, quod imo Sticho, qui ex promissione sisti debuit mortuo non liberetur reus à pœna promissa, sed committatur pœnalis stipulatio, & ab ipsa obligatio incipiat, si enim ita stipuleris, Si hominem Stichum intra Kalendas non dederis, decem dare spondes, Sticho homine mortuo non liberaris à pœna, inquit enim *Paulus*, In illa stipulatione, si Kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes? mortuo homine, quęritur an statim ante Kalendas agi possit, Sabinus Proculus expectandum diem actori

putat,

putat, quod est verius, tota enim obligatio sub conditione, & in diem collata est, & licet ad conditionem committi videatur, dies tamen
2 supetest.] Solutio in hac specie proposita, promissio decem non accedit alicui promissioni, non enim homo Stichus promissus est, sed in conditione positus, ideo non est accessoria illa stipulatio de dandis decem, sed principalis & per se stabilis, ideo mortuo homine non vitiatur, neque contingit liberatio, & ita bene allegatur per *Bart. illa l. homo mortuus.* quia per eam confirmatur eius ratio, licet dd. non ita declarent.

Sed contra hæc & Bartoli inductionem insurgit subtiliter *Raphael Cuma.* & dicit illas ll. esse contra nostrum text. tantum abest vt ex eis confirmetur ratio nostri textus, nam inquit quod in *illa lege si homo mortuus*, stipulatio pœnalis vitiatur, neque ab ea incipit obligatio existente principali promissione nulla, inquit *Vlpianus*, Si homo mortuus sisti non potest, neque pœna rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dari sibi stipulatus, si datus non esset, pœnam stipuletur.] ad quod aduertendum est, quòd dictum *Raphaelis Cuman.* probatur *in illa lege si homo mortuus, in versicul. quemadmodum.* nam principio legis clarè facit pro Bart. *in illo* autem *versic. quemadmodum.* vult *Vlpianus*, quod si quis Stichum, qui stipulationis tempore mortuus est, stipulatus fuerit, alioquin decem, quod neque debentur decem, ecce quod à principio, nulla fuit stipulatio de Sticho, & tamen ab accessoria, vel subsidiaria obligatione non incipimus, sicut quando à principio valuisset, vt si Stichus, qui vnius erat sisti promittatur, si postea moriatur, sicut vitiatur principale, quod à principio valuit, & accessoria pœna vitiatur, & ita prædicta distinctio in illo textu reprobatur, cùm siue ab initio valuerit prima stipulatio, siue non valuerit, vitiata prima principali, etiam à pœnali contingit liberatio. Sed pro solutione considerandum est, quod in *secunda parte illius legis in d. vers. quemadmodum.* non incipit obligatio à pœna, non quòd non possit per se stare, cum principalis ab initio fuerit nulla, vt in *d. l. stipulatio ista. in §. alteri*, sed quia æquitas pœnæ cessat, quæ solet ob culpam committi, & hoc consideratur, quando ponitur sub præcedenti obligatione, non quando in vim conditionis tantum, tunc enim non est considerabilis prima conceptio, cùm non dispositiuè, sed conditionaliter datio vel factum primum posita sint: & ideo quando incipit ab alia promissione, etiam si obligatio prima nulla sit, non committitur pœnalis stipulatio, quæ culpam solet respicere, & ita homine tempore obligationis mortuo, qui sisti promittitur, non magis committitur stipulatio, quàm si vnicus esset promissionis tempore, & postea ante quàm esset in mora sistendi, mo-

Franc. Sarment.

retetur, licèt rigor aliud dictate videatur, tamen hoc facit natura pœnæ, quæ cessante culpa, cessare debet, maximè in prætoriis stipulationibus, qualis est illa, de homine sistendo, vt *infra de prætor. stipul. l. 1. §. 1. in vers. communes*, in quibus maxime ex bono, & æquo proceditur: vt not. *infra de verb. oblig. l. quoties quis.* & facit *suprà de eo, quod certo loco. l. quod si Ephesi.* quamuis etiam in omnibus aliis id admittendum puto, in prætoriis autem stipulationibus fortè dicta in illa stipulatione, non procederet, quia id quod ponitur in conditione, videtur finis stipulationis, & non tam verba, quàm quod æquum est, considerari debet, & pro hoc facit *text. de verbo oblig. in conuentionalibus*, vbi *Vlpianus* inquit, In conuentionalibus stipulationibus, contractui formam contrahentes dant, enimuero prætoriæ stipulationes legem accipiunt ex mente prætoris, qui eas proposuit. Denique in prætoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere.] denique in *d. l. si homo mortuus. in 1. parte*, stipulatio incepit à promis- 3
sione, & homo promissus erat viuus tempore promissionis, in secunda etiam incepit à promissione, sed mortuus erat promissionis tempore, & vtroque casu pœna non committitur: primo casu, quia pœna erat accessoria, secundo casu, quia cessabat culpa, & hic est verus sensus prædictarum ll. quicquid Iason hæc non intelligens inuoluat. *Contra Iasonem*

4 Sed contra hæc opponit *Bart. d. tex. C. de caduc. tollen. l. vnica. in §. in primo, & in §. pro secundo.* hîc enim fit distinctio, an institutio subsistat à principio, & postea annulletur, & tunc vitietur substitutio: secus si à principio nulla fuit institutio, quia tunc valet substitutio, & ab ea incipit testamentum: vt in nostro text. sed in *d. l. vnica*, fit distinctio contraria, nam si legatum à principio sit nullum, onus ei adiectum, vitiatur, nec incipimus ab onere: si verò à principio valuit legatum, licet postea deficiat, grauamen ei iniunctum debetur, quæ distinctio ex diametro repugnat prædictis solutionibus, & distinctionibus, sed his, singulariter potest responderi ex mente Bat. quòd omne grauamen præcedere debet vtilitatis datio: vt *C. de fideicommiss. l. ab eo.* ideo si vtilitas pro non scripta sit, erit & onus pro non scripto: est enim accessorium non solum ordine, & positione, sed effectu, & executione, quod non est in substitutione, de qua in nostro text. vt infra dicetur, & ita est diuersa ratio illius textus: ad quod facit *dict. l. si homo mortuus.* in secundo responso, sed quando vtilitas, vel legatum, non est pro non scripto, sed valet à principio, licet postea vitietur, non vitiatur onus ei adiectum, quia non tam vitiari videtur, quam transferri de vno in alium, ideo transit cum onere, valuit enim à principio, cùm oneratus sit grauatus, & ita cessat ratio *dicta l. si homo mortuus. in 1. parte*,

S 2 nam

nam ibidem licet promissio fuerit caduca effecta, & pro non scripta vitiatur accessorium, quia non subrogatur alia promissio, cui pœna accedat: extinguitur enim non commutatur principalis obligatio. cuius contrarium in d.l. vnica, contingit, vt dictum est, denique dicta l. si homo mortuus, in prima parte, loquitur in promissione, quæ efficitur caduca, in secunda, in promissione pro non scripta: quod est multum notandum: quia dd. non ita declarant, & ex supradictis intelliges textum cum ibi notat. in l. 1. C. de iure codicill. & tex. notan. infra isto titulo in l. si à primo. vbi secundus gradus non pendet à primo.

5 Sed contra prædicta, & contra glos. nostram insurgunt recentiores, dicentes, falsam esse rationem glossæ, quia substitutio non est accessoria institutioni, imo ad effectum substitutionis, requiritur defectus institutionis, ideo magis videtur contraria, quàm accessoria, quia ex effectu vnius, sequitur alterius destructio, vt C. de impube. & aliis substi. in l. post aditam. & ita recentiores d.d. reprobant rationem glo. nostræ, sed mirandum est de doctoribus, qui in re tam clara errant, nullus enim hoc dixerit, qui sensu communi non careat. nam stipulationem pœnalem ipsimet accessoriam vocant, ad cuius tamen commissionem necessarius est defectus principalis obligationis, vt apparet, & ita ad positionem, & implementum, vel effectum vnius sequitur alterius destructio, sicut etiam in substitutione contingit, non ergo impedit aliquid accessorium dici, quod ad eius effectum dispositionis principalis defectus requiratur, sicut positum in secundo loco, vt efficiatur primum, requiritur, vt prius positum subducatur, non tamen ex hoc dicetur posse constitui secundum, sine primo, & pro glo. contra dd. est text. expressos infra de acquir. hered. in l. si quis hæres institutus. in fine principij, vbi probatur, quod substitutio est appendix, & accessoria institutionis: vbi inquit Vlpianus: Sicut enim appendices præcedentis institutionis,] optimus tex. in l pen. infra quemadmodum testa. aperi. & errant dd. in terminorum intellectu, æquiuocum pro vniuoco accipientes, & genus vni tantùm speciei adaptantes.

Cõtra doctores.

Accessorium duciter sumitur.

6 Nam accessorij duplex potest constitui species: alterum enim est accessorium effectu, alterum productione, vel sicut de causis dicitur, alterum secundum esse, alterum secundum fieri: accessorium secundum esse, est talis naturæ, vt à principali seiungi non possit, vt legatum, quod testamento accedit, corruit quandocumque corruit testamentum. infra de reg. iur. l. si nemo. & in reg. accessorium. de reg. iur. lib. 6. de isto accessorio non loquitur glo. nostra, nec est materia nostræ legis: de isto accessorio potest intelligi l. vnica. §. in princ. & in §. pro secundo. & isto modo omnis substitutio fideicommissaria, est accessoria. nam requirit existentiam, & effectum institutionis: vt infra ad Senatus consul. Trebel. in l. ille à quo. §. si de testamento. & in l. 1. & quasi per totum titul.

Accessorium autem secundum fieri, aliam sortitur naturam, nam non requirit subsistentiam principalis, quantum ad effectum, sed solum quantum ad factum, imo ad accessorij effectum, principalis defectus requiritur, vt hic, & in d. l. post aditam. indirecta substitutione vulgari: nam pupillaris, in hoc obliquam naturam habet: vt infra. de vulg. & pupil. in l. 2. in prin. in §. prius. & in ista specie accessorij, quæ etiam successorium dici potest, cõnumerabuntur pœnales stipulationes, quæ accessoriæ sunt, & successoriæ dici possunt, principalis obligationis, & substitutiones vulgares directæ, & ita hæ non requirunt effectum principalis, licet accessoriæ sint: an autem hæ accessoriæ dispositiones validitatem principalis requirant, est nostri text. materia, nam effectum (vt diximus) non requirunt, imo defectum, & multum interest, inter effectum, & validitatem: vt supra diximus in §. præce. & in §. pure. in exhæredatione, ad cuius validitatem primam, non requiritur aditio, sed ad eius confirmationem vltimam. 7

Vt autem colligatur resolutio in hac materia, ex tex. nostro, & ex ll. contrariis suprà allegatis, ex distinctione glos. hic, potest considerari talis distinctio, si quærimus quando in accessorio requiratur principalis validitas, & subsistentia: aut loquimur in accessorio secundùm esse, & semper in eo requiritur principalis validitas, confirmatio, & effectus, vt in dicta reg. accessorium, & in dicto §. si de testamento. aut in accessorio secundum fieri, & non requirit effectum principalis, sed potius defectum, & tunc aut causa inualiditatis est etiam in accessorio, & tunc ex inualiditate primi, inualidatur accessorium, vt in dicta l. si homo mortuus. in 2. respon. aut non est eadem causa, & tunc aut nullitas principalis inest à principio, & hæc non vitiat accessorium, vt hic & in dicto §. alteri. l. stipulatio ista. de verbo. obligat. aut nullitas superuenit, & tunc aut vitiatur principale, per modum ruptionis: aut per modum subductionis: primo casu, vitiato principali, vitiatur etiam accessorium, vt in solutione oppositionis glossæ, secus autem secundo casu: ex quibus apparet, veram esse solutionem glos. hic, quàm dd. male reprehendunt: & secundùm istam distinctionem intellige, quæ ponit Bart. infr. de vulg. & pupill. l. Cornelius. nu. 2. in fi. & hæc possunt quadam similitudine probari: nam si in aliquo ædificio corruat lapis fundamenti, alius ei superimpositus corruet, vt 1. q. 1. in c. cum Paulus. & tex. infra exceptio. rei ind. in l. egi. secus autem si lapis fundamento destinatus subduceretur, nam secundo loco destinatus obtinebit primum locum.

Sed contra omnia sup. facit tex. infra de vitre in poss. mitten d. in l. 1. §. si venter. in vers. per contraria ibi, quòd si non veniat, &c.] vbi etiã si primus gradus, 8

gradus, qui à princ. valebat annulletur, nihilominus tamen ſecundus valet, & ab eo incipit teſtamentum, quod eſt contra ſolutionem glo. & dd. hic, inquit enim tex. Si venter ab inſtitutis exhæredatus ſit, à ſubſtitutis præteritus, Marcellus negat in poſſeſſionem eum mitti poſſe, viuentibus inſtitutis, quia exhęredatus eſt, quod verum eſt: per contrarium autem, ſi ab inſtitutis præteritus ſit venter, à ſubſtitutis exhæredatus, viuis inſtitutis mittendus eſt in poſſeſſionem, quòd ſi non viuant, negat mittendum, quia ad eum gradum deducta eſt hæreditas, à quo exhæredatus eſt.] Solutio, prædicta vera ſunt, quando primus gradus annullatur reſciſſione, vel ruptione, quæ violentiam ſignificant, tunc enim reſciſſo principali, quod valuit à principio, reſcinditur & id, quod accedit, vt dictum eſt. Secus verò ſi deficit gradus, naturaliter nullo ei vitio illato, quia tunc ſubducto primo gradu, non deficit ſecundus, quia ita ſubducitur primus: vt ſecundum non tangat, neque enim ibi poteſt dici rumpi gradus, in quo hæreditas non verſatur, & ita etiam poteſt intelligi *d. lex. ſi homo mortuus*. Simile contingit in diruptione ædificij, non ſolum enim id cadit, quod violenter tangitur, ſed etiam id, quod adhæret, ſecus verò ſi ſine violentia fiat ſubductio, & ita intellige tex. in *l. nam & ſi miles. infra tit. proximo*, qui loquitur quando gradus ſit irritus, non quando rumpitur, in quo eſt differentia, vt patet ex *l. 1. eod. tit.*

Sed contra ſupradicta opponitur, quod non conſideretur in reſciſſione, an apud eum gradum verſetur hęreditas, vel non verſetur: vt *infra iſto tit. l. ſi poſthumus. in princ. verſ. imò. & verſic. itaque.* vbi in illis gradibus non verſabatur hæreditas, poſthumo nato. Solutio, ſufficit poſſibile eſſe in eo gradu verſari, & quod poſtea verſetur verè, vt in illa lege, ſecus verò ſi poſſibile non eſſet, gradu annullato, antequam ius rumpendi oriatur: vt in *dicto §. ſi venter. in dict. verſ. per contrarium, & infra tit. prox. in l. nam & ſi ſub conditione, in princ.*

Sed opponitur quod etiam annullato primo gradu, detur cõtra eum gradum bonorum poſſeſſio contra tab. vt ſequens gradus annulletur, quod facit contra noſtrum tex. & eſt tex. *infra de bono poſſ. contra tab. l. non putaui. §. à primo. verſ. ſed etſi.* Solutio, verum eſt vbi primus gradus annullatur, poſtquam remedium rumpendi cœpit competere, ſecus verò vbi à princ. eſt nullus, antequam remedium rumpendi oriatur, vt hic. facit *d. l. nam ſi ſub conditione. & infra de bono. poſſ. contra tab. l. quod vulgo.* & probatur in *dicto §. à primo. in princ.* vbi inquit *Vlpianus*; à primo gradu præteritus eſt filius, à ſecundo exhæredatus, ſi in primo gradu ſcripti, non ſint in rebus humanis, mortis tempore teſtatoris, dicendum eſt contra tab. præteritum petere non poſſe. hæreditas enim in ſecundo gradu verſatur, non in primo, ſed ſi poſt mortem teſtatoris deceſſerint hæredes ſcripti. idem Marcellus putat contra tabu. bono. poſſ. ſemel natam cõpetere, ſed & ſi defecerit conditio inſtitutionis adhuc tantundem dicit præteritum ab eo gradu filium, contra tabu. bon. poſſ. accepturum,] & ideo ſi in *d. §. ſi venter*, moriantur inſtituti primo gradu, à quibus poſthumus eſt præteritus, iam eo nato, non id impediret, quominus primus, & ſecundus gradus annullaretur, quia ſemel ius rumpendi ortum eſt, nato poſthumo, ſed idem videtur, ſi antequàm poſthumus naſcatur, inſtituti, à quibus præteritus eſt, moriantur, quia iam ortum eſt remedium ventri, cùm à principio, eis viuis mitti in poſſeſſionem venter potuit: vt in eadem lege: ſed reſpõdeo, quòd illud remedium quod ventri datur, ambulatorium eſt, nam regulatur ex *contra tab. bono. poſſ.* ideo ceſſat, ſi ad eum caſum deueniatur, quo conſtat, bonor. poſſeſſionem contra tab. non dari, licet in dubio à principio detur, vt in *dicta l. 1. in §. ſed ſi incertum.* quòd eſt maximè notãdum ad intellectum §. *tam diu. eiuſdem leg. 1.* & pro hoc eſt tex. in *l. 2. eod. tit. de ventre in poſſ. mitten.* nam fruſtra expectaretur euentus, cuius nõ eſſet futurus effectus: vt in ll. vulgatis.

Sed adhuc contra noſtrum text. opponitur, quòd etiam ſi primus gradus ſit nullus, nihilominus rumpatur ſecundus gradus, in quo filius eſt exhæredatus, ſi hæredes ſcripti ſint ſuperſtites teſtatori, vt eſt tex. *infra de bono. poſſ. contra tab. in l. non putaui. in §. 1. verſ. ſed ſi poſt mortem.* Solutio, ibidem primus gradus à principio valuit, quia præteritus ibidem filius, erat emancipatus, non ſuus, ideo ille primus gradus rumpitur contra tab. cuius ruptio ſecum trahit ſequentem gradum: vt ſuprà in oppoſitione diximus, ſed in noſtro tex. filius præteritus, erat ſuus, ideo gradus fuit nullus à principio, & hæc eſt vera ſolutio, licet aliqui dd. teneant contrarium: & vide *Iaſ. hic in fi. col.*

Nota tamen pro plena noſtri textus intelligentia, quòd filius ſuus hic præteritus in primo gradu, poteſt approbare hunc primum gradum in fauorem inſtitutorum, in eo, vt excludatur ſecundus gradus: vt *infra titu. prox. l. filio præterito*, & poſſet ſuum beneficium efficere venale inter eos, qui ſunt in primo gradu, & in ſecundo, vt ſi magis ei gratificet primi, approbet teſtamentũ; & ſi magis ſecundi, non approbet, quæ cautela approbatur expreſsè *infra de bono. poſ. contra tab. l. filiũ in §. ſed cũ exhæredatio. in verſic. erit ergo venale*: vbi inquit *Triphonius*, erit ergo venale beneficiũ ſcripti hæredis extraneis, vt cũ ipſi iure hæreditatis nihil ſit conſecuturus, adeundo, repellat filiũ in poteſtate relictum. Nec dici poteſt fraudem committere: cùm vtatur iure ſuo, vt eſt in regula iuris. facit tex. not. *in l. quæſitum. infra de conditio. & demonſtrat.* ibi, ſapienter faciet hæres ſi impedierit eum.] & in *l. 3. § idem Seruius. verſ. denique infra de ſtat. liber.* & vide quæ diximus, ſuprà lib. 1. ſelectarum interpretationum in c. 6. nu. 8. cum ſequent. & vide tex. notab. *l. cum pater. §. Titio. de leg. 2. in fi.* & ita

bonorum poss. secundum tab. cuilibet instituto posthumo datur, etiam alieno, vt eadem l. & *infra ad senat. cons. Tertullian. l. 1. in §. si quis ex matris.* per quæ istam partem probat doctissimus *Emanuel de Acosta in interpretatione §. posthumus. de legat. pag. 3. cum sequen.* sequendo subtilem Raphaelem Cuma, ea ratione, quia regula erat generalis iure isto, quòd alienus posthumus hæres institui non potest, sed fœmina non potest alios posthumos, quàm alienos habere: non enim potest habere suos, cum fœmina non habeat filios in potestatem, qua potestate suus, hæres efficitur, sed licet hęc opinio Cumani & Acost. videatur colorata, plus placet opinio contraria, quia talis posthumus possit iure isto hæres institui, circa quod notaodum est, quòd licet fœmina raro posthumum propriè habere possit, qui ex suo corpore nascatur, cum id noo potest contingere, nisi quando ex secto veotre nascitur, vt *in dicta l. posthumus. & in l. quod dicitur. infra eod.* tamen posthumum impropriè potest eo modo, quo masculus habere, si coocepto posthumo testetur, qui facto testamento in vita eius nascatur, & in vtroque, si mater postbumum hæredem instituat, si regulam attendimus, vitiabitur institutio, cum tempote testamenti oon sit natus, ideo pro incerta persona habetur: neque sit futurus suus: vt in *l. Velleia* probatur, vt dicam latè io *l. Gallus. in princ. num. 69. cum sequent.* contra Ias. tamen illam regulam vitiari, in postbumis, etiam alienis, ex corpore testantis genitis verius credo, vt semper institui potuerit etiam si alienus à suitate sit, & pro hoc Soci. in præsenti, qui istam etiam opiniooem videtur sentire, allegat tex. *C. de inoff. test. in l. 3.* vbi videtur probari, matrem potuisse filium posthnmnm, hæredem instituere, vt patet ex verbis text. ibi, ac si omoes filios hæredes instituisset,] sed ad illum tex. facilis videtur responsio: vel quod respiciat ius prætorium, vt respicit *dicta l. posthumus. de inoffi. test.* quo iure prætorio potest posthumus alienus, hæres institui, quem intellectum ponit *Acosta loco supra allegato*, vel quod text. ita vult posthumum haberi pro instituto, perinde ac si mater eum instituisset, scilicet, eo tempore quo possit, idest post natiuitatem, & ita ille textus in sua similitudine referatur ad potentiam generalem, non ad illam, quæ in illo facto contingit: & ita l. illa facit, id quod mater posset facere, si vixisset post filij natiuitatem, non autem id, quod facere posset mater, antequàm nasceretur, hoc enim ibidem noo est expressum, & ideo videtur quòd illa l. oon omoino probat istam partem, licet eam allegat *Soci.* Sed certè benè facit ille text. alioquin diceremus, factum per l. tacitè, id quod expressè fieri non poterat.

Contra Cuman. & Acostam.

3 Sed vltra eum, & dd. mihi videtur textus expressus *infra de militari test. l. si filius familias miles.* vbi probatur, quòd filius familias miles potest posthumum hæredem instituere, & tamen ei suus esse non potest, cum in aui sit futurus potestate, vt *inst. de patria potestate. in vers. item qui ex filio & instit. quibus modis ius pa. potest sol. in princip. in vers. nam mortuo.* qui eoim in alieoa potestate est, oon potest alium babere in potestate: vt *infra ad l. Iuliam, de adulteriis. l. si veniet.* cum ergo filius familias miles sit in patris potestate, noo enim per militiam ab ea liberatur, vt *instit. quibus modis ius patris potest solui. §. filius famil.* filius eius posthumus non poterit ei esse posthumus suus, & quod filius famil. miles talem posthumum hæredem instituere possit, probatur io *dicta l. filius famil. miles. in vers. secundum.* quæ vbi inquit, secundum quæ, si filius famil. miles testamentum fecerit, & omisit posthumum per errorem, quem non volebat exhæredatum: deinde, &c.] Ecce quod omisit posthumum per errorem, instituturus illum si non errasset, ergo instituere eum poterat, alioquin nullus poterat error notari in eius præteritione, si eum omnino esset necesse præterire. neque possumus dicere quòd ille tex. loquatur de iure prætorio: cùm ibidem nulla mentio iuris prætorij fiat, neque potest dici in milite, esse speciale, licet enim militi coocessum sit omnes alias incapaces iostituere, & eos maximè, qui etsi tempore testamenti capere non possunt, tempore mortis testantis possint, vt *infra de milit. test. l. neque enim. §. 1.* ibi, & generaliter id poterit dici in iis, quos miles scribit hæredes, vt institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inueniatur, vt à milite institui poterit,] tamen in institutiooe posthumi, non differt miles à pagano, quia neque miles cum in- 4
certis personis habebat testamenti factionem: vt *d. §. in certis. de legat. institut. in vers. nam neque miles.* & hæc incertitudo erat causa quare posthumus alienus institui non poterat, vt latius dicemus in *l. Gallus infra*, neque obstat *d. l. filius fam.* loqui in posthumo, qui nascitur in vita, vt etiam si inutiliter esset institutus, tamen quasi ex oouà voluntate ex institutione succedere possit, cum in milite tria tempora non requiruntur respectu capacitatis hæredis, sufficit enim vt capere possit tempore mortis, vt in *d. l. neque enim. & in d. l. si filius fam. miles.* quia respondeo quod *d. vers. secundum quæ,* solum habet respectum ad tempus institutionis, quia eo tempore dicit errore omissum, ergo vult quòd eo tempore potuit non omitti, alioquin si institui nòn potuit: non est iustum ex omissione posse de testameoto conqueri, neque hoc iudex admittet, vt *supr. de inoffic. testam. l. posthumus.* & licet alleget eius patrem nolle eum exhæredatum: posset replicari, neque etiam eum potuisse hæredem instituere, quod sufficit, ad excludendum querelam, si vera esset præfata opinio.

Denique verius videtur, posthumū ex cor-

pore nostro genitum, posse nos hæredem in-
stituere, etiamsi suus futurus non sit, in quo ta-
men cogitandum est propter auctoritatē Cu-
mani, pro qno vt suprà diximus facit regula, &
noster text. quæ data opera videtur de mascu-
5 lo loqui. Item adde in muliere testante, & in-
stituente posthumum, quòd videtur semper ad
posthumum imprŏprium se referre, quia rarò
vel numquam posthumum post se nasci potest,
& ita cogitatio illa de qua in *l.fi. C.de posthumis
hare. insti.* quam latius interpretati sumus in
rub.sup.eod. per contrarium in muliere est ac-
cipienda: vt prima eius intentio ad eum, qui in
vita sua ex se nascatur referri debeat, qui si ea
mortua ventre secto nascatur, etiam ad eum
posthumum referretur, non ex prima intentio-
ne, sed quia & eum videbitur instituisse, si il-
lum casum rarum & inconsuetum cogitasset:
ad quod facit text. in *d.l.3.C.de inoffic.testam.* &
facit etiam *infra de fundo instructo. l. fundus qui lo-
catus.* cum his, quæ diximus suprà *eod. titu.l.2.*
si enim statim se morituram sperasset, frustra
posthumnm institueret, quem secum verisi-
mile est ante natiuitatem moriturum, & hoc
quantum ad nostrum tex. in verbo omnem
masculum.]

Vlterius dicitur in tex. posthumum. oppo-
no, quòd non omnis posthumus iure isto insti-
tui possit, vt latius dicemus *infra l.Gallus.* post-
humus enim alienus institui non potest: vt *in-
stitut. de legat. in §. posthumo quoque. & institut. de
bono. poss. in princip.* Solutio. verum est, nisi sit
suus, vel futurus suus, siue tempore testa-
6 menti, siue eo tempore quo nascatur, vt in
dicta l. Gallus. & l. nostra agit principaliter
de persona instituentis: an omnis instituere
possit posthumum, non autem tractat, qualis
esse debeat posthumus, qui institui possit, & ita
non repetit in posthumo dictionem omnis,
quam masculo testanti adiecit, denique omnis
masculus potest posthumum hæredem insti-
tuere: non tamen omnem posthumum, sed
tantum suum, vel qui futurus sit suus, vt latius
explicabimus in *d.l.Gallus.*

7 Veniamus ad versi. nam & cum. in quo
tex. vult quòd instituens posthumum, non so-
lum videatur instituere posthumum, si quem
vxor, quæ nunc habet, pariat tempore testa-
menti conceptum, vel nondum conceptum,
verum etiam & illum, quem alia vxor, si sibi
aliam habere contingat, pariat, sed opponitur,
quòd de primo posthumo, & non de aliis in-
telligatur dicta institutio, cum verba semper
de prima vice intelligantur: vt *infra de verbo. si-
gni. in l.boues in §. hoc sermone.* Solutio, secundum
glos. & dd. hic fallit fauore testamenti, & insti-
tutionis: ex quo, contrarium est in exhæreda-
tione, secundum eosdem, contra *Bart. & glo. &
infra tit. prox. l.3. in fine,* & faciunt quæ diximus
sup. eod. l.2. nam affectio filiorum omnium com-
munis est naturaliter, non sic in odio, & si di-
cas in posthumis communem esse odij ratio-
nem, cum nulla ratio reddi potest odij in filiis,
nondum natis: respondeo, ex *Imol. in præsenti,*
quòd ratio non est communis, fortè enim ma-
trem odio habuit, quod in alio posthumo, ex
alia vxore nato cessabit, iusta enim, vel iniusta
causa aliquid peculiare habere potest, vt in *l.
igitur. in §. potest. infra de liberal. caus.* ibi, Iustis ra-
tionibus ductus, vel non iustis.] & in *l. inter om-
nes. in §. recte. infra. de fur. & in l. quia poterat. infra
ad senat. consult. Trebellia.* ideo fieri potest vt ma-
gis vnum, quam alinm exhæredare velit: nam
cùm odium sit contra naturam, non potest dici
ita commune liberis, sicut affectio, & ista pote-
rit esse ratio *d. §. hoc sermone.* & vi. quæ diximus.
supra isto titu. in l.2. in nu.16.

Aduertendum tamen est, licet dd. hoc non 8
satis interpretentur, quod noster tex. non lo-
quitur de pluribus posthumis, sed de pluribus
matrimoniis: vt instimens posthumum, & eum
videatur instituisse, quæ ex secunda, vel tertia
vxore nascatur, non autem loquitur si quęlibet
earum, vel vna, plures posthumos pariat: & ita
intrat opposit. *dicti §. hoc sermone,* vbi appellatio
matrimonij, refertur solum ad primum matri-
monium, sed vltra dd. responde ad illum text.
quod hic testator non fecit mentionem de ma-
trimonio, sed de posthumo, ideo venit quicū-
que sit primus posthumus, de quocunque ma-
trimonio, etiam in exhæredatione, quicquid i-
psi dd. velint reprobando glos. nostram, quæ
in hoc verior est. Quid enim interest ex quo-
cunque matrimonio posthumus nascatur, si
testator nullam de matrimonio fecerit men-
tionem, & hæc verba futurum respiciunt, & ita
primum posthumum, etiam si materia sit ex-
hæredationis, necessario comprehendit, quæ- 9
stio autem erit: vtrum si plures nascantur post-
humi, ex vno vel pluribus matrimoniis, vel
ex vno ventre, vtrum omnes censeantur in-
stituti, vel exhæredati ex his verbis: Posthu-
mum meum instituo, vel posthumum meum
exhæredo, & hæc quæstio non deciditur in
tex. nostro, ideo videamus breuiter de sin-
gulis. Primò si testator instituat ventrem vxo- 10
ris suæ, vel exhæredet, ij qui eo tempore in
ventre vxoris fuerint, siue vnus fuerit, siue
plures, erunt instituti, vel exhæredati, vt est
text. *infra titulo 3. §. nominatim.* Si verò non v-
tatur hoc verbo, sed dixit: Posthumum meum
instituo, vel exhæredo, tunc si plures vno
ventre pariat, nullus videbitur exhæredatus:
vt *suprà eodem. l. 2.* instituti autem omnes
videbuntur, ex his quæ ibi diximus, si ve-
rò posthumum instituat, vel exhæredet, &
non omnes ex illo ventre nascantur, sed v-
nus ex illo ventre, & alius postea concipia-
tur, an omnes videantur instituti & dd. hic
volunt omnes institutos videri, tam eos qui
ex primo, quàm qui ex secundo, & vlteriori
matrimonio nascantur, in exhæredatione au-
tem volunt nullum fore exhæredatū: per text.
in l.2. sup. eod. sed vt dixi verius puto cum glo.
eum

eum, qui primo nascatur exhæredatum esse. non obstat *dicta l. 2.* quia ibidē ideo vitiatur exhæredatio, quia incertum est quem voluit exhæredari, at hîc certi sumus, cùm ad primum, qui nascatur sunt verba referenda, nec redditur dispositio incerta ex eo, quòd alij postea nascantur, quia superuenientia aliorum non reddit incertam dispositionem iam firmatam: contrarium est in d. l. 2. quia eo tempore possit exhæredatio ad plures referri, & ita in dicta specie exhæredato posthumo, primus erit exhæredatus: contra *Angelum & Imol. hic*, qui dicebat, nullum esse exhæredatum, & contra eundem in d. l. 2. qui dicebat, omnes esse exhæredatos: & contra *Imol. hic* quod nota pro huius legis vero intellectu: & *l. 1. supra eod.* Et hæc omnia intellige in his dispositionibus particularibus, quæ respiciunt certam speciem, in aliis aut generalibus quæ non habent particularem rationem, ad omnia dispositio refertur: vt si detur episcopo facultas testandi, legandi, vel hæredes instituendi, & vnum & plures hæredes facere poterit. & in primo gradu, & in reliquis gradibus, & facto primo testamento, id reuocare, & aliquid facere. hæc enim facultas eò pertinet, vt ei potestas tribuatur, non vt modus testandi circumscribatur, vt vnum instituat vel semel testetur, & pro hoc videtur tex. express. *C. de test. in l. omnium.* vbi probatur quod si testamentum fiat, & principis supplicatione liberum erit testatori id ad libitum commutari, & quod ille cui permissum est hæredē instituere, possit etiam plures instituere, est tex. express. *infra de legat. 2. l. vnum ex familia. in princ.* iuncto *§. si duos.* & est tex. singul. *infra de verb. oblig. l. 2. § fi. in vers. contra autem.* quod autē possit reuocare testamentum, & aliud facere quòd talem facultatē habet, dubium non est, cū ille cui testamenti faciendi facultas datur, eo modo quo de iure communi testari poterit: vt *C. de inof. test. l. si quando in princ.* quod licet indubitabile sit, volui tamen hic ponere, ne quis falli possit authoritate *Philip. Decij in consilio* 512. ex illa regula vulgari *l. boues. in §. hoc serm. supr. allegata.* vult talem facultatē à summo Pōtifice concessam, intelligi de primo testamento, & ita semel testando consumi, quod nulla ratione verum esse potest, & illa regula in qua se fundat, facit contra eū: quia intelligitur quod tūc demum verba intelliguntur de prima vice, quando primus actus consequitur effectum, secundum mentem disponentis, secus autem quando nō cōsequitur, vt expresse vult *Bal. C. de procuratoribus. l. maritus. in fi.* quem sequitur *idē Decius in consilio* 562. *in prin.* & latè *Tiraq. in d. l. boues. in 6. limitat.* licet *idem Tiraq.* malè *in regula illius l. nu.* 128. sequatur illam opinionem, quam tenet, *Decius*: & pro ista parte contra eosdem faciunt plura, quæ ponit *ipsemet Tiraq. in eadem limitatione* 17. *&* 18. ex quibus latius possemus comprobare nostram opinionem, sed mihi res adeo indubitabilis videtur, vt hoc sit superuacuum, sed quandoque bonus dormitat Homerus. sed hoc latius in libello de reddit. ecclesiast. in vltima parte sumus prosecuti.

Ex supradictis etiam potest decidi quæstio, quam ponit *Bald. C. de indict. vid. tollend. l. fi. col.* 4.
13 quòd si maritus relinquat vxorem dominam, & vsufructuariam, quòd de ea videatur intelligere, quæ tunc tempore testamenti erat vxor, non de illa, cum qua ea mortua postea contraxit matrimonium, quem sequitur *Decius, extrau. de offi. delegat. in c. quoniam Abbas. numer.* 16. *& Reuerendissi. Episcopus Couarrun. in c. requisisti. num. 3. extran. de testam. & Tiraquellus* latè qui etiam refert plures tenentes contrarium *in regula. d. legis boues. numer.* 104. *cum sequent.* sed ego opinionem Baldi veriorem puto, quia cum tempore testamenti sit certa, & determinata dispositio, non potest ex futuro euentu interpretationem, vel mutationem sumere. ad quod vide quæ dicam *infra de legat. 2. leg. Titia cum testamento. §. fin.* *sed notandum est*, quòd licet verba legati videantur intelligi de ea vxore, quæ erat tempore testamenti, tamen mortua ea, contrahendo cum alia matrimonium, cùm testamentum non mutauerit, videtur, ex noua tacita voluntate hoc legatum ad secundam vxorem pertinere, & pro hoc videtur text. notab. *infra de condict. & demonstr. l. filia. §. Titia vxor.* vbi si testator legauerit seruam Agatham nomine, eamque postea alienauerit, si tamen postea emit seruam, cui nomen Agathæ imposuit, quasi ex noua voluntate, hæc secunda Agatha succedit in legatum, & hoc videtur expressius probari *infra de reb. dub. l. si cognatus.* vbi inquit text. quòd si aliquis legauerit aliquid cognatis, & aliquis, qui non sit cognatus, tempore testamenti, postea à testatore arrogetur, habebit partem legati: quod ea ratione contingit, quia per arrogationem in legatum videtur ascitus, inquit enim *Vlpianus*: Certè si quis testamenti facti tempore, cognatus non fuit, mortis tempore factus est per arrogationem, facilius legatum consequitur. & hæc voluntas tacita consideranda erit, non solum in legatis, sed etiam in institutione hæredis, quia licet ad dandam hęreditatē, vel adimendam, non sufficiat mens sola testatoris, sine verbis aptis ad institutionem: vt *infra de adimend. leg. l. ex parte*, tamen in specie proposita solum agitur de interpretanda mente testantis, an voluerit quòd verbum vxoris, de prima sola, vel de vlteriori vxore etiam intelligeretur, in qua interpretatione nulla solemnitas requiritur, sed sola voluntas sufficit; vt *suprà de testament. l. hæredes palam. §. si quid post.* & est textus singularis *infra de bonor. possess. secundum tabul. l. qui ex liberis. §. testamento. in vers. plane.* cuius elegantissima verba loquentis de testamento reddito nullo, quia testator se in arrogationem

gationem dederat, hæc sunt: Planè si sui iuris effectus, codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declarauerit, voluntas, quæ defecerat iudicio recenti redijsse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret, neque putauerit quis, quamuis nulla voluntate constituit testamentum: non enim de iure testamenti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit æstimatur.] neque obstat quòd dispositio quæ semel fuit certa, non possit ex futuro euentu variari, quia id verum est, nisi accedente voluntate defuncti noua, siue tacita, siue expressa: vt in *d. l. filia*

14 *in §. Titia. & infra de adimend. legat. in l. cum seruus.* neque etiam obstat quòd *dicta l. filia.* loquatur quando testator disposuit per verba futuri temporis, quia illa verba non impediunt, quominus etiam ad dominium, quod tempore testamenti habebat respiciat, imo vtrunque tempus videtur respexisse, tam testamenti, quàm mortis: licet in vno tempore habeat vim demonstrationis, & in alio conditionis, vt ibidem latius explicat *Socinus*, ideo prædicta responsio ad *dictam leg. filia.* non est bona, & licet bona esset, non potest adaptari ad *dictam l. si cognatis.* in qua videtur hæc quæstio decidi, contra Bal. & alios supra allegatos, ex noua voluntate cessant: tamen hac coniectura voluntatis, verba ad personam, quæ erat tempore testamenti refertur in materia testamentorum, in qua ratio, & affectio personæ habita videtur, vt *sup. pro socio. in l. neque adiecit.* in aliis autem materiis in quibus non habetur hæc ratio, verba non solùm de præsenti, sed etiam futuro intelliguntur, vt *de offic. deleg. c. quoniam Abbas.* cum his quæ diximus supr. ea d. l. 2.

15 Iuxta prædicta quæritur circa nostrum tex. si quis instituat ventrem vxoris suæ, & diuersis temporibus & conceptionibus plures nascantur, an omnes nati videantur hæredes instituti, an solus ille, qui tunc temporis erat in ventre vxoris, in quo *Oldradus in consilio 212. & Ioannes Andreas* quem hic referunt recentiores, tenent omnes videri institutos, etiam eos, qui postea concipiantur, quos sequuntur aliqui, quos refert latè *Tiraq. in dict. l. boues in 3. limitat.*

16 Sed ego contrariam secundam veriorem puto, cum *Aret. & Cuma. hic:* nam instituens ventrem vxoris, ventrem plenum videtur instituere, ergo ad postea conceptos referri illa dispositio non potest, nam & si quis filium suum hæredem instituat, habens vnum filium, posteaque alij ei nascantur, non ij sub ea institutione comprehendentur, iam enim dispositio ad vnum fuit relata. quod enim dicitur *sup. eod. l. 2. per dd.* vt instituens filium, omnes filios videatur instituisse, verum est, vbi non est minor ratio, neque causa, quare non ad omnes referatur, quia omnes iam erant in rerum natura, secus autem si alij postea nascantur, cùm in num. singulari fuerit locutus, & pro hoc facit text. *sup. de testament. tutela. l. si quis ita. in §. Si quis cum ignoraret,* simili modo instituens ventrem vxoris suæ, videtur ventrem plenum instituisse, & ita filium conceptum, non eum, qui postea concipiatur, si de eo non cogitauit, quod puto verum ex mente Pauli de Castro hic, nisi ventrem vxoris suæ, quem sciret vacuum institueret: tunc 17
enim cùm ad futurum verba debeant referri, omnes qui postea concipientur, quocunque tempore comprehendit, & cum ista declaratione Pauli, veriorem puto opinionem Cuma. & Aret. licet plures dd. contrariam opinionem teneant.

Item adde, quod in hac materia nihil inter est, testator dicat posthumum, vel posthumum meum instituo, quia cùm verbum posthumum futurum respiciat, & ita futuri euentus habeatur ratiô, hæc adiectio nihil operatur in hac materia, contra glo. *in l. sequen. qua incipit ideoque,* quod est notandum *ad l. si pluribus. de legat. 2.* & ad ea quæ diximus sup. l. 2. nota tamen gloss. in quantum allegata, *l. si seruitus imposita.* quæ sentit illius legis verum intellectum, quia eam allegat pro concordanti, de qua latè diximus in d. l. 2.

Vltimo *Bar.* inducit hunc tex. ad quæstionem, cum qua transeunt omnes dd. cui adde quòd etiam cessante fauore institutionis, & piæ causæ, si essent aliquæ coniecturæ, vt ad domum postea emptam trahatur dispositio, idem erit: vt *infra de condit. & demonst. l. filia sua. §. Titia,* ad quod etiam facit quod diximus supra de instituente vxore, & vide quæ *Bar. infra de aur. & argen. leg. l. fi. in princ.*

SVMMARIVM

ex l. Sed est quæsitum.

1. *Opp. vbi explicatur sensus huius l. vltra dd.*
2. *Reprobatur glo. super verbo posse, & ponitur verus huius legis sensus.*
3. *An in articulo mortis contrahi matrimonium possit.*
4. *An possit ordinari hermaphroditus.*
5. *An possit fieri monachus, vel monacha.*

V*lpianus*, sed est quæsitum, an is, qui generare facile non possit, posthomum hæredé possit facere, & scribit Cassius & Iabolenus posse, nam & vxorē ducere & adoptare potest, spadonem quoque posse posthumū hæredem scribere, & Labeo & Cassius scribūt: quoniam nec ætas, nec sterilitas ei rei impedimento est, sed si castratos sit: Iulianus Proculi opinionem sequutus, non putat posthumum hæredem posse instituere, quo iure vtimur, hermaphroditos, maximè si in eo virilia præualebunt, posthumum hæredem instituere poterit.]

In isto textu fit distinctio inter spadonem, & castratum, vt alter possit instituere posthumum, alter non possit, & ita vt is, qui naturaliter

liter possit filios habere, licet casu non possit posthumum hæredem instituere, qui vero naturaliter filios habere non potest, posthumum instituere non possit, sed hæc quæstio vana videtur in posthumis naturalibus, non ciuilibus, de quibus principaliter noster tex. loquitur, nam de ciuilibus vel adoptiuis, licet de iis etiam intelligi debeat, vt ibi,& adoptare, sed non de illis solis, nec principaliter de illis loquitur, & quòd sit vana hæc quæstio, apparet: institutio enim vel præteritio posthumi ita demum considerari potest, si posthumus nascatur, vt *C. de posth. hered. instit. l. vxoris abortum, & l. quid certatum. & C. de bono. poss. contra tab. l. posthumo nato.* ergo quid opus est quærere, an potuerit facilè vel difficile generare, sed solum videndum est, an generauerit posthumum, & nascatur: si enim non nascatur nihil actum est, etiam si talis testator sit, qui generare potuerit, superflua ergo est quæstio de potentia, vbi actus solus producit effectum. Solutio: licet verum sit, quod ad hoc vt posthumus succedere, institutus possit, vel præteritus rumpere testamentum: solum considerari debeat, natus vel non natus sit, vt testamentum rumpi, vel non rumpi possit ex eius natiuitate, & ita quantum ad effectum testamenti, vt ll. contrarius supra allegatis, tamen quantum ad eius validitatem, & existentiam primæuam distinctio nostri text. consideranda est: vt si is, qui posthumum habere non possit, posthumum hæredem instituat, statim testamentum nullum est, eo scilicet instituto, quem impossibile est naturaliter produci: at, si testator generare posit, testàmentum in quo posthumum instituit, ab initio validum est, licet postea posthumo vel non generato, vel non nato deficiat, nec hoc est sine effectu, nam effectus ponitur *infrà eod. l. si quis posthumos. in principio*, vbi inquit *Paulus iuris consultus*, Si quis posthumos, quos per ætatem aut valetudinem habere forte non potest, hæredes instituerit, superius testamentum rumpitur: quòd natura magis in homine generandi, & consuetudo spectanda est, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abdicatur homo à generandi facultate,] ex quo tex. apparet quòd si castratus ibi posthumum hæredem instituisset, superius testamentum non rumperetur, & sic rectè in nostro tex. consideratur sola potentia, non actus, & istam regulam ponit eleganter *Neratius in l. pater filio impuberi. infrà de her. insti.* vbi inquit, vt superius testamentum rumpatur, sufficit ita posterius factum esse, vt aliquo casu potuerit ex eo hæres existere,] & sic errat *Accursius in glos. super verbo posse.* circa intellectum nostri tex. vult enim potentiam, quam solam considerat noster text. debere ad actum reduci, quod falsum est: licet dd. non aduertant, actus enim requiritur ad testamenti confirmationem, at, potentia sola sufficit quoad eius validitatem, sicut de aditione hæreditatis dicimus, quæ confirmat testamentum, quod ante quam ea fiat, validum erat, faciunt quæ diximus suprà *isto titu. l. 3. in § pure.* vbi latè, nam si de effectu & confirmatione testamenti lex loqueretur, non solum requiritur quod testator generare posit, vt posthumus institutus succedat, sed quòd ipse eum ex vxore genuerit, isque natus hæres existat. Item quæro, quare sit differentia inter spadonem & castratum. Solummodo vera ratio & clara ponitur. *d. l. Si quis posthumos. & hic in vers. quoniam*, vbi dicit text. quod sicut si quis vel sterilis vel senex fiat, posthumum instituere potest, & adoptare, & matrimonium contrahere, vt hic, & *l. pen. C. de nupt.* fac. quæ *Bart. num. 29. & Ias. num. 43. in seq. l. 1. solut. matri.* quia ex accidenti, non natura, hæc contingunt, id est ex innata rei proprietate, sed vel tempore, vel casu superuenienti, ita in spadone, qui ex accidenti sterilis factus est.

3 Ex his facilè deducitur quæstionis determinatio, an in articulo mortis matrimonium contrahi posit, vt ex tàliter contracto, & affinitas contrahatur, & filij antè, si fortè habiti sint legitimentur, & denique vt tale sit matrimonium, quod omnes effectus veri validique matrimonij producat, nam etsi eo tempore habilis ad generandum non sit, id ex accidenti, non natura contingit, ita & quia hoc scit vxor cum qua contrahit, vt *extrau. de frig. & malef. in c. 3.* Item quia reuiuiscere posset, ita est communis opi. quod posit contrahi, vt hic latè referunt recentiores, & not. *D. Episcopus Ciuitatens.* vt solet in *4. 2. parte. c. 8. § 2. num. 10.* facit tex. qui solus sufficit ad istam quæstionem *c. sicut 2. de reg. & c. porrectum.* vbi valet emissio professionis, vel votum in eo, qui credebat se non posse viuere, & vide *Bal. c. 1. § naturales 3. col. si de feud. fuerit controuersia, & Tiraq. de nobilita. c. 6. num. 43.* vbi etiam in articulo mortis potest quis nobilis effici. Notandum tamen est, quòd si ita contraheretur matrimonium, vt cùm moreretur contractum videatur, hoc expresso, matrimonium nullum erit, non enim potest in id tempus conferri, vt incipiat, quo finiri debet, vt *infra de vsufr. leg. l. vsum fructum, cum moriar.* denique valet contractum in articulo mortis, sed non sub ea conditione contractum, vt valeat solum in articulo mortis, vt si moriatur, & hæc distinctio videtur colligi ex *l. Iulianus supra. de iure dot. & d. l. Titio. & l. fi. & l. libertas. la 1. de manu. testamen.* iunct. *l. vni. in § sed scimus.* ibi, morientem. *C. de lati. libert.* vbi moriens potest effici liber, tamen non in eum casum potest conferri libertas: & hæc distinctio colligitur ex text. *l. si quis duos. cum glos.* iunct. *l. quæ sic soluit. de solutio. & ibi Bart. in fin.* quas leges not. quia non ita inductas inuenies, & quod talis conuentio vitiet actum. facit *de donat. causa mort. l. vbi ita donatur*, & vide *Io. Fab. § multis.*

insti.

insti. de liberti. vbi inducit contra eos, qui faciunt se milites in articulo mortis, tamen vt sup. dictum est, omnia articulo mortis fieri possunt, etiam ea quæ vita finiuntur, dum non in mortem conferantur, sed de hoc latissimè scripsimus superioribus libris nostris selecta. interpretationum in lib. 1. in c. 6. vbi latè reprobamus opinionem Socini hic tenentis, si matrimonium contrahatur in articulo mortis in fraudem substituti, non legitimari liberos: sed verior est opinio contraria, quomodocunque contractum matrimoninm, producere effectus suos, etiam à moribundo, contra Soci. qui noluit ex matrimonio tali prædictos filios legitimari, & istam Soci. opinionem probat *Deci. in c. in præsentia nu. 56. de probat.* sed eorum secunda placere non potest, quia licite quis suo iure vtitur, licet alij detrimentum inferat: vt *infrà de regu. iur. l. nemo damnum facit, & l. nullus videtur.* alioquin & in vita contrahens matrimonium, vt filios habeat, animo excludendi substitutum, fraudem facere dicitur, quod nemo dixerit, quin imo posset pecuniam accipere, vt id faceret, vel nó faceret, vt *infrà de bono. poss. contra tab. l. spe. §. Sed cum exhæredatio, vers. erit.* fac. quæ diximus suprà, *eod. l. 3. §. fi. circ. fi.* vbi est positus similis casus. quis enim in fraudem agere dicat, si quis agat, vt filij à se geniti casibus à lege permissis succedant, ad quod facit *l. fina. cum ibi notat. C. si quis aliq. test. prohibuer.* & est expressum in *dict. l. pen. de bono. poss. cõtra tab.* nec enim iste contra voluntatem testatoris agit, nec contra legum statuta, vt fraudis prętextu excludi possit: quod secus est in materia *tit. 1. si quis omiss. caus. test.* quinimo si ibidem à prætore succursum non esset, nullus posset à lucro hæreditatis priuare omittentem successionem ex testamento, sed ibidem ex iusta causa occurrit prætor, hæc verò nec l. impedit, nec iusta est causa vt impedire debeat, vt iure suo iste vtatur, adeò vt mirer dd. prædictos, d. opinionem tenuisse, & ita sit expedita hæc quæstio, an in articulo mortis matrimonium contrahi possit, de quo latissimè scripsimus in loco superius allegato, ad quod etiam facit, quia matrimonium à sene decrepito contrahi potest, vt *C. de nup. in l. pen.* Sed quid si conditio si non nupserit castrato adiiciatur, vtrum reijcienda sit, vel de facto intelligatur, vide notanter per *Emanuel. de Acost. 1. de cond. & demonstr. l. cum tale. §. si arbitratu. 1. limi.*

Contra Socin.

Veniamus ad *vers. hermaphroditus,* in qua duplex est litera. altera cũ dictione, maximè, altera sine ea, & loco eius planè; cuius intellect. vlt. *Rapha. Cuma.* hic eleganter explicat. *Emanuel de Acost. in §. posthumus de legat. instit. pag. 4. cum seq.* vbi lat. ideo nos consulto omittimus, quia in hoc ei nihil addendum censemus, præter ea, quæ diximus de fœmina, an possit posthumum instituere. *supra eod. l. placet.*

Nota quòd in hermaphrodito attenditur quis sexus præualeat, vt de eo iudicemus, vel vt de masculo, vel vt de fœmina, vt *de stat. hominum l. quæritur,* quod facit prædicto notab. *Bald. in c. 1. in princ. in col. pen. de success. feud.* vbi dicit quod vbi non est media iuris dispositio, quę applicetur alicui medio, oportet quòd medium accipiat naturam illius extremi, cum quo habet maiorem conuenientiam, facit quod *Bald. l. vni. C. quand. non pet. part. supra col. plur. per Tiraq. de retract. 1. par. §. 30. glo. 1. num. 9. cum sequent. & à num. 2.* Secus si esset media iuris dispositio, quia tunc neutri applicatur ex *Bart. l. 1. in fi. C. si ad, vers. transactio.*

Adde circa istam materiam quòd hermaphroditus etiam si incalescat in sexu masculino, non potest ordinari, tanquam corpore vitiatus: vt vult *Bald.* quem refert *Bologni. repet. aut. habita. C. ne fil. pro patre col. 52.* & an possit compelli vnico sexu vti, vide *Alberi. d. l. quæritur.* & add. quod cum securius eligi debeat, ne possit religionem fœminarum ingredi, eum masculum iudicabo, & ne virorum fœminam, arg. *extra. de sponsalib. c. iuuenis.* nulla consideratione habita, in quo genere incalescat. facit *suprà vbi pupill. educa. debeat. l. pen.* & idem quoad carceris custodiam, vt *C. de custod. reorum. l. 3.* & an hermaphrodito debeat imponi nomen masculi, vel fœminæ vid. *Bald. C. de suis & legi. lib. l. si circa fi.* vbi etiam nescio quid aliud de hermaphrodito. 4 5

SVMMARIVM

ex l. si filius qui in potestate.

1. *De intell. l. hac consult. §. pen. C. de testa.*
2. *1. intellectus. §. si prius.*
3. *2. intellectus. §. si prius.*
4. *3 intellect. § si prius Cardinalis cuiusdam.*
5. *Verus intellect. l. 3. § falsus rem rat haberi.*
6. *4 intell. d. §. si prius Hostofry, à quo Paul. audiuit in fortiatum.*
7. *intell. 5. Ang. i. §. si prius, qui reprobatur.*
8. *6. intell. antiquorum.*
9. *7. intell. Imol.*
10. *8. intell. antiquorum.*
11. *9. intell. Io. de Imol.*
12. *10. Bal. intell.*
13. *11. intell. Ias.*
14. *12. intellect.*
15. *verus intell. huius oppo. & d. §. si prius.*
16. *13. intellect. l. si quis cum § fi. de vulg. & pupill.*
17. *intell. not. l. 3. §. fi. sup ea & huius legis.*

P*aulus* l. Si filius qui in potestate est, præteritus sit, & viuo p itre decedat, testamentum non valet, neque superius rumpitur, & eo iure vtimur.]

Difficilis est hæc lex secundum dd. habet enim maxima contraria inducta per glo. nostram, ideo eam aggrediamur, & oppo. cum glo. hic dicitur, quòd testamentum secundum quod nullum est, non tollat primum, sed contrarium probatur. *C. de testam. l. hac consultissima. §. pen. & 1. tit. proxi. l. 2. iunct. l. C. de testamen. l. si vnus ex septem.* Soln. secundum glos. primo modo quod hic in primo testamento erant insti-

tuti

tuti venientes ab intestato, in ll. contrariis extranei, ex quo not. singul. declarationem ad illam legem, vt non procedat vbi in primo testamento erant instituti venientes ab intestato, sed hic intel. diuinat, ideo alio modo soluit glo. dicendo quod l. contraria loquitur vbi secundum testamentum est nullum, ratione deficiẽtis solennitatis, tunc si in eo instituantur venientes ab intestato, sufficiens est tale testamentum ad tollendum primum, sed noster tex. loquitur quando testamentum secundum est nullum, non quod solenne non fuerit, sed quod in eo filius suus pręteritus reperitur, & istam solutionem sequuntur communiter dd. sed ego puto, quod clarius hęc oppositio tolli possit, quod hic in secundo testamento non fuerũt instituti venientes ab intestato, quia si instituti essent venientes ab intestato, valeret testamentum filio pręterito, qui viuo patre testatore decedat. vt *infra titul. 1. l. posthumus §. idem circa.* Sed quis veniens, ab intestato, institutus posset dici filio, cuius, est prima causa, & omnes praecedit, praeterito: sed dic, quod filio sublato, sequẽs considerabitur, cum filius in vita decessetit, vt *d. §. idem circa*, & idem in casu *d. l. hac consultissima. §. pen.* & infra latius in solut. alterius oppositionis dicetur, & ita declarationem dd. quòd d. §. non procedat, quando est secundum testamentum nullum ratione praeteritionis, intellige, nisi quando filius praeteritus in vita decesit, vt d. §. *idem circa.*

Sed contra haec opponit *Bar. de text. fortissimo. infra de bon. poss. contra tab. l. si ex duobus. §. si prius.* quae oppositio tendit ad intel. supra positam, & ad nostrum tex. nam ibidem secund. Bar. in secundo testamento minus solenni fuerunt instituti venientes ab intestato, in quo filius praeteritus fuit, & tamen per istud tale secundum testamentum tollitur prius, quod perfectum erat in quo filius fuerar exhęredatus, & haec pro-

2 bantur in illo tex. ibi imperfectum, Sol. secundum Bar. in illo tex. non fuit testamentum secundum nullum, quia licet esset in eo filius pręteritus, non tamen erat filius suus, sed emancipatus, ideo cum testamentum non fuerit nullum, non est mirum, imo necesse est, vt tollat primum, & istum intellectum quod ille tex. loquatur de filio emancipato, & noster textus in suo, sequuntur commu. doctores.

1. Intellectus l. si ex duobus in. §. si prius.

3 Secundo modo *Bar.* intelligit *d. §. si prius.* vt intelligi possit de filio suo, nam si de emancipato loqueretur, non fieret ibi distinctio, essent instituti venientes ab intestato, vel alij, semper etium, valeret testamentum praeteritione filij non obstante, si filius esset emancipatus, sed ridiculum est. Bart. inconueniens, nam si in illo tex. ponimus duo vitia fuisse circa testamentum, alterum praeteritionis filij, alterum solennitatis defectus, vt *ipsemet Bar.* sentit, & dictum est, duo etiam requiruntur excusationes, vt d. vitia excusentur: vitium praeteritionis emancipatione, vitium solennitatis venientium ab intestato fauore, emancipatio enim filij nihil operatur, vt testamentum, quod testibus necessarijs non est confectum, valeat, sed solo hoc excusatur, vt tollere possit primum istud non solenne testamentum, quod venientes ab intestato, in eo instituti sint, & ita intelligendo illum textum in emancipato, nullus scrupulus restaret, nisi quòd restringat textum ad emancipatum: quod diuinationem sapere videtur, & non est maxima diuinatio, cum *titulus de bonorum possess. contra tabulas.* pro emancipatis à praetore inuentus sit.

2. Intellectus.

Sed videamus an etiam in suo, ille text. intelligi posit, nec obstat noster text. qui videtur maximè contrarius, nam ibi si fuit suus praeteritus, ergo nullum fuit testamentum, si nullum, ergo non potuit tollere primum perfectum: vt hic, sed ibi tollit, ergo, &c. & licet ibi essent instituti venientes ab intestato, id solum operatur vt vitium solennitatis ommissae, non vt praeteritionis vitium purgetur secundum glo. hic & benè, sed *Bar. ibidem* eam reprobat, sed ego puto, quod glo. vera sit, non enim debet plus operari institutio venientium ab intestato, facta cum quinque testibus, quàm extraneorum facta cum septem, vt *d. l. hac consultissima. §. pen.* quin imo plus vigoris habet extranei institutio, solenniter facta, quia operatur vt praecedens testamentum tollatur, & vt ex hoc vltimo succedatur, sed testamentum cum quinque testibus confectum, in quo venientes ab intestato sunt instituti, primum tantum operatur effectum, scilicet vt tollatur praesens, sed non vt ex eo succedi posit: redigit enim ad causam intestati: ergo si testamentum validius & fortius est nullum filij praeteritione, vt hic, deberet etiam annullari debilius, de quo in *d. §. si prius.* vult tamen *Bar.* quòd testamentum, quo venientes ab intestato instituti sint, non sit nullum ipso iure, etiam filio suo praeterito: sed pendeat, dum ipse rumpit, vt. d. §. si prius. sed dicit quòd fortiter obstat text. *infra. tit. 1. l. filio praeterito*, cui non potest congrua dari responsio, & sic habens secundum intellectum. d. §. *si prius.* per Bart. qui tamen, securus non est.

4 3. Intellectum ad illum textum in *d. §. si prius.* posuit *quidam Cardinal. Sancti Eustachij*, quem referunt recentiores hic, quòd ille text. posit intellligi, etiam in suo filio praeterito, ideo autem testamentum non ipso iure nullum est, & tollit primum, quia filius agendo bonorum possessionem contra tabulas videtur velle, vt valeat quod facere potest, vt *infra titulo primo l. filio praeterito*, quid autem velit, facit textus quem allegat. *infra rem rat. haber. leg. 3. §. falsus.* & subsensit hoc *Bartolus. infra titulo proximo l. filio praeterito.* sed eum reprobat *Iass. C. de bonorum possessione contra tab. in l. posthumo nato. numero.* 31. licet satis leui ratione,

3. Intellectus.

erit ergo notabile consilium, vt filius præteritus contra testamentum agat bono. poss. contra tab. non autem alleget nullum, vt testamentum vim habeat, quæ præcedens validum subuertere posit, & ita posit bona patris consequi, sed *Bart.* reprobat *Rapha. Cuma. hic & alii*, quos refert *Alex. & Iass. d. l. posthumo nato.* & iste intellectus Cardi. non placet noua ratione, quia per *l. filio præterito.* permissum est, vt filius præteritus posit testamentum patris approbare scilicet cum effectu, si se bonis abstinere velit, non aliàs, quod non facit possessionem contra tabulas, accipiendo, vt ad sensum patet, hæc enim sunt contraria, & eodem tempore non possunt produci approbatio, & reprobatio eiusdem actus simplicis, & puri, *l. vbi repugnantia. de reg. iur. fac. de solutio. l. qui sic solut.* quam *Iass.* alleg. *d. l. posthumo. & reg.* text. quam alleg. cum *l. legata inutiliter. infra de adi. lega. & de leg.* 1. nec obstat *dicta*.
5 *l. 3. §. falsus.* quem text. dicit esse ineuitabilem Iass. quia in illo text. actus ipse non erat simplex, sed duplex, pars enim allegare poterit & sententiam iniustam, & cum falso procuratore latam, quæ duo, diuersa sunt, & ex diuersis fontibus oriuntur, cum autem appellatur à sententia, quia inepta esset appel. si de voluntate mea litigatum non esset, non enim posset esse lis, persona procuratoris deficiente, & approbare possum personam procuratoris, & improbare factum iudicis, appellando igitur reprobare iudicis iniquitatem, & personam procuratoris approbare, videor, cum iudicium constitisse dicam, sic etiam si coram iudice aliàs incompetenti, sciens exceptionem procuratoriam, allegassem: prorogasse viderer iurisdictionem: cum iudicis personam approbasse, reprobando coram eo procuratorem videar, quia duplex hic actus de respectu diuersarum personarum, secus est in nostra materia, quia siue testamentum dicat nullum, siue bonorum possessionem contra tabulas filius petat, non variantur personæ, nec patris prætereuntis, nec filij improbantis, nec hæredum, ergo non potest esse varius effectus, ex filij intentione, cum vna eademque simplexque sit, bona sibi cupientis ideo nulla potest ex d. reprobatione, quę ex bo no. poss. contra tab. fit, induci approbatio, quia esset contrarietas & earundem personarum respectu, & ita habes verum intellectum *dicto §. falsus l.* 3. quod solum procedat quando potest dari diuersitas personarum, vt factum vnius respectu approbasse, alterius reprobasse videatur, & ita iuste reprobatur intellectus *prædicti Cardin. ad dictum §. si prius.*

6 4. Intellect. ad *d. §. si prius.* loquendo in
4. Intell. suo, ponit Honofrius, quem referunt posteriores, à quo Honofrio inquit *Paul. de Castro* se audiuisse Infortiatum. Quòd ideo in nostro text. testamentum secundum in quo filius est præteritus, non tollit primum, quia in primo erat idem ipse filius institutus, ideo ne suum sibi priuilegium noceat, non tollitur prius, hoc enim sibi vtile est, sed *in dicto §. si prius.* filius in primo fuerat exhæredatus, ideo secundum testamentum, in quo fuit præteritus, illud tollit, licet secundum sit nullum, quia quo ad filij vtilitatem pertinet, non debet nullum censeri, quod eius fauore solet esse nullum, sed hic intellectus licet aliquid veritati adhærear, vt ex vltimo intellectu apparebit, tamen verus non est, & diuinat apertè, & ex mente Imol. loquitur contra. *l. 3. §. fi. supra eodem.* vbi filij sui præteriti interest vt gradus in quo præteritus est, nullus non sit, & tamen nihilominus nullus est ipso iure, ideo in ea specie melior est conditio posthumi, quàm iam nati: & emancipati, quàm sui, vt ibi diximus de quo etiam, infra dicemus, quia hæc ratio Imol. non ita concludit, sed diuinat ad illum text. clarè iste intellectus, item non placet iste intellectus, quia etiam in specie Honofrij. quam fingit ad nostrum text. non est verum, aliquid vtile esse filio vt infra dicetur, cum in vita patris mortuus fuerit, ideo nihil interest ipse in primo institutus, vel exhæredatus fuerit, item non est opus, vt filij intersit, vt primum tollatur ipso iure, vt in vltimo intellectu dicemus.

5. Intellectus vel sol. ad *§. si prius.* ponit 7
Ang. de Perusio, hic, quod ideo in *§. si prius.* se- 5. Intell.
cundum testamentum in quo filius præteritus est, tollit primum, quia cum istud secundum fuerit etiam minus solenne, carens necessariis testibus, non potest in eo nullitas prætentionis notari, vt ex ea præteritione annulletur, cum de se ex defectu testium nullū sit, ideo præteritione non considerata, tollatur primū, licet enim solemnitate imperfectum fuerit, hoc tamen excusatur, quia venientes ab intestato iñ instituti erarant, & pro isto. Angel. intellectus fac. quia fortius agitur in resistentem, vt. *infra titulo. proximo l. nam & si sub conditione. §. fi. cum l. 3. §. fi. supra ist. titul.* vult denique *Angelus quod si in d. §. si prius.* illi venientes ab intestato cum septem testibus instituti fuissent, non tolleretur prius testamentum per illum, secus si cum quinque tantum, sed credo quod nullus sani capitis hoc admittat, pace Angeli hominis cordatissimi & ingenij excellentis, hoc dictum sit: præterea illa text. in fine ponit regulam, quod omni casu, quo instituti in secundo testamento excluso filio idest quasi pro non existente habito, excluderent institutos in primo testamento, eodem casu filius præteritus, in secundo habet bonorum possess. contra tab. & ita euacuatur etiam prius: sed & eo casu quo secundum testamentum habet numerum testium sufficientem, hoc contingit, ergo intellectus Angeli, in hoc verus esse non potest. itē esset inconueniens, quod plus posset testa-

mentum

mentum habens duo vitia. s. solennitatis defectus, & preteritionis, vt tollere possit prius, quàm id quod vnicum tantum habet vitium, & hæ rationes contra Angelum plus placent, quàm quædam consideratio Aret. hic quam facit contra Angelum, nam quod *Angelus* vult, non considerari prætetitionem, in testamento nullo factam, eò pertinet, vt *Angelus* velit non considerari, vt ex eo testamentum reddatur nullum, non vt bonorum possessionem contra tab. non producat, quæ datur contra testamentum, quod constat esse nullum, vt per *tot. de bono. poss. contra tab.* & etiam si non sit solenne, eo casu, quo remoto filio, illud secundum minus solenne potest tollere primum quia in ea specie, non pro nullo habetur ex defectu testium solennitate, quo ad auferendam hæreditatem ab institutis in primo: vt *d. §. si prius.* satis est quòd intellect. Angel. vetus esse non potest.

8 6. *Intellectus.* Sextus intellectus ad §. *si prius.* & nostri textus fuit antiquorum quos *Imol.* refert, quod ibi ideo secundum testamentum nullum, tollit primum, quia licet fuerit nullum, tamen quia ex eo quod institutis venientibus ab intestato potuit conualidari, si filius viuo patre moreretur, vt *infra titulo proximo l. si posthumus §. idem circa.* hæc potentia sufficiat, vt tollatur prius, sed hic intellectus non placet, quia si potentia quòd aliquo casu esset possibile conualidari, sufficeret, vt valeret semper valeret testamentum, cum semper possit hæc potentia considerari s. si filius testamentum approbauerit vt *infra titulo primo l. filio præterito.* quæ spes magis considerabilis est, magisque lege fouetur, & natura, quàm expectare quod filius ante patrem decedat: vt *de verbo. oblig. l. inter stipulantem §. sacram rem, & de inoff. test. l. nam & si parentibus.* item quia potentia consideranda est, quoad testamenti confirmationem, non quo ad primæuam validitatem, vt probatur *quibus modis testamentum infirmetur §. posteriore.* ea enim quæ sunt substantia testamenti, debent esse actu, non in potentia *infra eodem l. inter cætera.* confirmatio autem sufficit: quod sit in potentia s. quod possibile sit, hæredem scriptum, aliquo casu hæredem fore, & hæc sufficit tempore testamenti. vt d. §. sed in his quæ sunt substantia testamenti, & forma, non sufficit, nam quòd sit hæres scriptus, est substantia testamenti, quòd vero is hæreditatem adeat, respicit testamenti confirmationem, non validitatem, esset enim hoc impossibile de iure, vt *de conditio. instit. l. mulier. §. si quis & l. si Titius eod. tit.* non enim duæ res possunt sibi inuicem esse causæ, vt aliàs diximus, & ita iste intellect. non potest esse vetus, quia & in nostro text. posset considerari potentia, si talis potentia sufficeret, & nihilo magis primum testamentum tollitur.

9 *Franc. Sarmientus.*

7. *Intell.* Septimus intellectus ad istas ll. ponit hic *Io. de Imol.* dicens, quod secundum testamentum nullum, non tollit primum: vt hic, datur tamen bonorum possessio contra tale secundum testamentum, & auocabit filius hereditatem à primis: vt in d. §. si prius, si enim hoc conceditur, emancipato, quare filio suo cōcedi non debet? Sed hic intellectus *Io. de Imol.* non est vetus, quia *suprà eodem l. 3. §.* si posset eodem modo filius suus præteritus, agere bonorum possessione contra tab. contra primum gradum, & ab omnibus auocare hæreditatem, vt emancipatus potest, quod nemo dixerit, & *ipsemet Imol.* non admittit, item regula quam ex nostro text. & ex *l. quis eum. §. si. de vulg. & pupil.* docto. colligunt clarè esset sine effectu, & eluderetur semper intentando bono. possessionem contra tab.

10 8. *Intellectus.* Octauus intell. ad illum text. ponunt aliqui, quos referunt posteriores, quod ibidem secundum testamentum tollat primum, etiam si nullum fuerit, fauore venientium ab intestato, vt & filio cum eis detur bono. poss. vnde liberi, & ita inter alios succedat, sed hic intellectus quo ad primam eius partem, est idem cum Bar. intellec. de quo supra in secundo intellectu. quantum verò ad remedium vnde liberi, quid filio concedit, est intellectus extraneus ab illo ritu. item quo pacto alij venientes ab intestato cum filio in successione concurrere posit, ego non video, ideo iste intellectus placere nullo modo potest.

11 9. *Intellectus.* Nonus intell. colligitur ex his quæ ponit hic *Io. de Imol.* quod ibidem alius filius testatoris fuit institutus, qui successurus fuerat ab intestato, ideo testamentum quo est præteritus alius filius, mero iure valet, sed hic intellectus est diuinato. & est contra text. *infra tit. proximo l. filio præterito.*

12 10. *Intellectus.* 10. Intell. ponit *Bald.* qui intellectus ferè est idem cum tertio supra posito, ideo non placet per rationes supra positas.

13 11. *Intellectus.* 11. Intellect. dicit se ponere Iass. ad euitandas amaritudines, & ponit eundem intellectum quem *Bart.* posuit in *eodem §. si prius:* & concordat cum intellectu 9. supra posito, quem etiam ponit *Roman.* dicens, esse verum, sicut Deus, & *ipsemet Iass. C. de bono. poss. contra tab. in lib. posthumo nato. numero 25.* refert *Bart.* ponentem istum intellectum, & ipsum reprobat & commune reprobatur. Sed Iass. immemor sui ridiculè gloriatur de hoc intellectu.

Sed videamus an aliter intelligi difficultas

14 12. *Intellectus.* possit, intelligendo text. *dicto §. si prius in filio suo.* circa quod considerandum est, quod licet in intellectu quem ponemus videamur sequi Honofrij intellectum, tamen multum distabit ab eo, & notandum est, quod intellectus illius text. *d. §. si prius,* qui communis est, quod loquatur in filio emancipato, verus est, & sine scrupulo procedit, in eo vero quod vo-

lunt quod loquatur venientibus ab intestato hæredibus institutis toto quod aiũt, errant cœlo, nam licet imperfectum dicatur ratione solemnitatis deficientis. vt *C. de test. l. hac consultissima §. ex imperfecto.* tamen verbum istud imperfectum, latius patet, nam imperfectum dicitur quod non ex omnibus partibus necessarijs constat, arg. *C. de his quib. vt indig. l. fi.* testamentum ergo quo filius præteritus est, imperfectum est, vt *infra. eod. l. inter cætera*, & de ista imperfectione loquitur tex. in *d. §. si prius in principio*, inquit tex. Si prius testamentum extet iure factũ, quo filius exhæredatus est, (ecce quo pacto sit iure factum, quia filius præteritus non est) sequens imperfectum, in quo præteritus sit filius, (ecce qua ratione sit imperfectum) posteriore testamento prçteritus, rectè petet bonorum possessionem.] Nec in his verbis illius tex. nec in regula in eo posita, aliquid de venientibus ab intestato dicitur, & ideo diuinare esset loqui institutis venientibus ab intestato tantum: quia tamen illud verbum imperfectum, quod iuris consultus posuit, equiuocum est, & fallere possit, habet enim ambiguitatem, & posit quis argumentari, si testamentum secundum imperfectum, tollit prius, cum contra id bono. poss. contra tab. dari possit, ergo si secundum testamentum cum duobus testibus fiat, poterit bono. poss. contra tab. expugnari. & ita tolletur prius. ideo iuris consultus se explicat, de imperfectione ex præteritione causata sensisse, de alia autem non loqui, quia exemplum ponit illius imperfectionis, de qua loquitur, nam dicit imperfectum in quo præteritus sit filius.] & vt clarius se explicet inquit,] Si remoto quoque filio, potiores sint in ea hæreditate posteriore testamento scripti hæredes: ita ius habet, vt cum is contra quem filius petijt bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hçreditatem, filius quoque rectè videatur petere bonorum possessionem. Si verò ille non possit hæreditatem obtinere, filius quoque excludatur] id est ad iudicandum secundum testamẽtum in quo filius præteritus est, an sit tale, quod possit impugnari per bono. poss. contra tab. & ita tollat primum, si enim, non tolleret, nihil fieret per bono. poss. contra tab. videndum est an sit tale, quod efficiat de se, si filius non esset medius: vt hæreditas non versetur circa primum testamentum. Si enim hoc efficere poterit, & ipsum tale erit filij preteritione in eo facta, vt bonorũ poss. contra tab. detur, si instituit in eo (filio non considerato) à primis hæreditatem vi talis testamẽti auocare possint, si verò non sit tale de se secũdum testamentum, vt etiam si filius remoueretur, vel quia fingeremus eum non esse in rerum natura, vel fingeremus eum approbantem istud secundum testamentum, in quo præteritus sit, non tolleret primum, quia minus sollenne, est, cum debile sit, & nullum, non poterit bono possessio. contra tabul. expugnari, quia cum hçreditas versetur circa institutos in priori testamento, inanis esset talis bono. possessio contra tabulas, cùm non reperiat, quid auferat ab eis, contra quos instituitur. Denique regula constituitur ibidem, quòd ad iudicandum an secundum testamentum in quo filius præteritus est, tollat primum, in quo exhæredatus est filius, considerandum est, an esset tale quòd de se possit tollere primum, & efficere, vt hæreditas versetur circa personas, in secundo institutas, & tunc tollitur primum non obstante filij præteritione in secundo facta. & filius vtiliter contra secundum agit bono. poss. contra tab. cuius ratio est, ne filius sibi obstare videatur. & damnum sibi ipsemet inducat, si enim ipse non esset, nihil priores hæredes primo testamento scripti haberent, cum secundis autem bona est causa filij, cùm præteritus ab eis sit, & bonorum possessione contra tab. agere possit.

Hæc autem regula pluribus speciebus vtilis esse potest, prima species, si filius sit exhæredatus in primo testamento solemni, præteritus in secundo testamento solemni, si filius non esset, secundum testamentum tolleret primum ergo idem si filius sit. ex regula illius text. aliud exemplum est, instituta pia causa in secundo testamento, in quo præteritus sit filius, cum minori numero testium, qui tamen numerus pro causa pia sufficiat, cum remoto filio, pia causa, & testamentum secundum, iure communi non solenne tolleret primum, ergo & existente filio præterito & ita secundum poterit bono. possessionem contra tab. admittere, cùm apud eum hæreditas versetur, sublato primo, idem si secundum à rustico fieret, eo casu quo valet cum minore numero testium, vel pestis tempore, vel aliis speciebus, quibus de iure testamentum, deficiente solennitate ordinaria, non est sine effectu, item si in secundo testamento in quo filius præteritus est, essent veniẽtes ab intestato instituti, quod cùm quinque testibus confectum esset, tunc enim, cum si filius non esset, hæreditas apud secundos versaretur, & primum testamentum perfectum tolleretur, ergo & filio existente idem erit, ratio est quia vtilitas filij, seu eius priuilegium, quo testamentum solet esse nullum, non debet primis hæredibus solis ferre vtilitatem, cum damnum esset filij tale priuilegium, eius enim interest, vt hæreditas apud secundos versetur, quibus ipse præferendus est cum bonor. possessione contra tab. excludere eos possit. denique ne filius sibi ipsi noceat, considerandus est ac si non esset, de venientibus ergo ab intestato non magis fit mentio, quàm de alijs speciebus. Poterunt tamen ipsi exemplum illius regulæ astruere, sed non magis de his loquitur, quàm de pia causa, & aliis supra positis speciebus, vi autem regulæ comprehenduntur, sicut omnia exempla aptè constituta sub regula comprehenduntur, non autem

in

in specie, quicquid glo. & dd. nostri diuinent, malè illud verbum imperfectum interpretantes, & ita ille tex. primo ponit regulã quam secundum testamentum quo filius præteritus est, potest per bonor. poss. contra tab. expugnari, & ita tollet primum, cum bono. poss. non detur nisi contra eos, apud quos versetur hæreditas, & ita tex. in fi hoc astruit, clarè faciunt, quæ diximus *sup. eod. l. 3. §. filius inter. in primo notabili per totum*, vbi consideratur persona, penes quã versatur hæreditas, & hoc quoad intellectum. *d. §. si prius.*

Intellectus huius legis. Sed restat difficultas & intellectus nostri tex. in quo ponitur regula contraria. s. quod testamentum secundum in quo filius est præteritus, est nullum, nec potest tollere primum, & considerandum est, quòd ambæ istę regulæ quæ videntur contrariæ, illa quæ hîc ponitur, & quæ in *d. §. si prius*, sunt Paoli iurisconsulti authoris ambarum legum, & retento themate, quòd ille text. etiam in filio suo intelligatur, (nam intelligendo in emancipato, clara est solutio) respondeo, quod ibidem, filius suus præteritus, superuixit patri, vt ex text. apparet, hic vero eo viuo filius decessit, nam inquit, text. Si filius qui in potestate est, præteritus sit, & viuo patre decedat: testamentum non valebit: nec superius rumpetur, & hoc iure vtimur.] Ecce tex. qui copulatiuè requirit, vt filius præteritus sit, & quod viuo patre decedat, nec hoc dicas poni, non vt in hoc sit vis, sed tanquàm species magis difficilis, quasi si viueret, multò magis nullum esset testamentum, nec tolleret primum, cùm superesset magis causà nullitatis, nam cuius causa filius est, & ita recentiores malè istum tex. interpretantur, vt dicto, & pro etiam si sumatur. vt *Alciatus* in specie vult, & omnes alij sentiunt, nam hoc falsum est, cùm non idem sit: si filius nõ decedat. vt *d. §. si prius.* & hoc est expressum. *infra de vulg. & pupil. l. si quis cum in §. fi.*
16 vbi inquit text. sed si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi hæredem instituat, si viuo se filius decedat: potest dici, non rumpi superius testamentum: quia secundum non valet, in quo filius præteritus sit.] Quasi text. velit, secus esse, si filius super viuat, quia loquitur conditionaliter intelligendo quod sint verba legis non testatoris sicut & hic, quicquid *gloss. & dd. ibidem* velint. Sit igitur propositio vera: secundum testamentum, in quo filius suus est præteritus, tollit primum perfectum, in quo erat exhęredatus; vt *d. §. si prius.* nisi filius suus viuo patre decedat, vt hic & *in dicto. §. fi. l. si quis cum quem.* & istum intell. reperio posuisse *Stellam in dicto. §. si prius.* in quem incidimus multis annis postquàm istum intellectum Salmanticæ legendo assignaremus, & gaudeo alterius authoritate posse fulciri, licet non ita explicet, vt nos explicauimus, sed valde dubitabilis est hic intellectus, vt infra dicemus in fi. Sed contra istam solutionem oppositam in vtraque specie ex propositis: testamentum secundum est nullum, ergo non potest tollere primum validum: vt *infra titulo proximo l. cum in secundo.* Solut. quando filius viuit, potest approbare tale testamentum. *infra titulo primo l. filio præterito.* & hæc potentia sufficit: vt *instit. quibus modis test. infirmen. §. primo*: sed hanc sol. supra iustè reprobauimus, ideo dic, quod vera sol. est, quod testamentum est nullum fauore filij, ideò si sit vtile ei quod non adeò sit nullum, in suam vtilitatem non omnino pro nullo habetur, sed per bonorum possessio. contra tabulas euacuabitur, quod est, si aliud validum, in quo ipse est exhæredatus præcessit, quæ vtilitas cùm cesset, filio in vita patris decedente, cùm tunc sibi nulla subsit vtilitas, valeat, vel non, nullum censebitur, idèo procedens non rumpit, quia ei deficiunt vires, quas à filij vtilitate mutuabatur, quæ vtilitas eo in vita patris mortuo, nulla est, & iste est verus sensus harum legum, quia textus *dicto. §. si prius.* remouet filium ad sciendum, vtrum secundum testamentum tollat primum, ne filius ipse sibi obstare videatur, sibi damnum faciendo: sed quare filio prosunt venientes ab intestato, in vno, ex exemplis suprà positis, cùm eorum nihil intersit, & idem in pia causa, & alijs exemplis. Responde ij vincunt positos in primo testamento filio remoto, filius vincit hos, ergo primos, & sic vtrosque, ex regula. si vinco vincentem te. ideo verò remouetur, ne sibi ipsi damnum faciat, & intrat regula vulgaris, *l. quod fauore. C. de legibus* quod notat ad ea quæ dicemus. *infra. eodem l. multi non note causa.* sed opponitur. *infra titulo primo l. filio præterito.* vbi ex non damno filij, non validatur testamentum: ibidem. dictus enim filius nihil ex hæreditate volebat, vt hic nihil habere potest, ergo deberet testamentum valere. Solut. considera vtilitatem filij. i. lucrum. scilicet si sit sibi vtile; quod valeat, quod est quando super viuit, nec sufficit non damnum filij, vt nullum non sit testamentum, non seruata forma, ideo etiam si filij nihil interesset, nullum est testamentum vt in hoc text. si verò eius intersit, vt non omni modo nullum sit, tunc vim habebit tollendi primum testamentum.

Sed his obstare videtur tex. notab. quem su- 17 *De intel. l. 3. in §. fi. supra eod. tit.*
prà obiecimus, intellectui dato per *Honofr. & c. s. supra eod. l. 3. in §. finali.* vbi filius præteritus adhuc viuebat, sibique vtile erat, vt is gradus à quo ipse præteritus fuerat, non esset omnino nullus, vt sequens ab eo pendere possit, vt sublato primo gradu, corrueret etiam secundus, à quo exhæredatus fuerat; & tamen hæc filij vtilitas non efficit, quin nullus non sit gradus ille, ex filii sui præteritione, sic in casu. *dicto §. si prius.* licet vtile sit filio, valere secundum testamentum, quo præteritus est, vt

tollarur primũ, quo exhæredatus eſt, nõ tamen hæc vtilitas hoc debet efficere ſicut nõ efficit *in d. §. fin.* ſed huic difficultati poteſt notãter reſpõdere, vltra dd. quòd non ſit hæc bona argumẽtatio. minor enim vis ſufficit teſtamento, vt poſſit tollere præcedens, quam primo gradui ſufficiat, vt ab eo ſequens gradus pendeat, non enim ſicut impoſſibile eſt duo teſtamenta ſubſiſtere, impoſſibile eſt, vnum gradum ſine alio ſubſiſtere, & quod non ſit par ratio apparet, nam vt ſecundum teſtamentum tollat primũ, non impedit mors inſtituti, etiam ſi viuo teſtatore contingat: vt *inſti. quib. mod. teſta. in firmen. in §. 1:* notatur. *infra tit. 1. l. cum in ſecundo.* vt autem à primo gradu ſecundus pendeat, requiritur, vt primo gradu, inſtituti ſuperviuant teſtatori: vt *infra. de bono. poſſ. contra tab. l. non putarit. §. à primo. & infra. de vent. impoſſ. mitten. l. 1. §. ſi venter.* ergo non eſt bona argumentatio, nullitas eſt talis, quæ pendentiam ſecundi gradus non ſuſtineat. ergo talis eſt quę præcedens teſtamentum non ſubuertat, item non eſt bona conſequentia, vtilitas filij confert validitatem teſtamento, ex eius præteritione, aliàs nullo, vt poſſit tolli præcedens validum teſtamentum, ergo & gradui, vt ſequens gradus in filij vtilitatem dicatur ab illo pendere, quià vt gradus pendeat, requiritur validitas, magis ſucceſſiua, quia requiritur vt ſuperviuat hæres, ad tollendum verò prius teſtamentum, ſufficit, vt quocunque modo ab initio ſubſiſtat, vt d. ll. & per conſequens ne nullitas inducta filij fauore, ſibi obſtare videatur: per ſuprà dicta ſic ergo præteritio filij efficit, vt gradus nullus ſit, nec poſsit ab eo ſequens pendere, quamuis filio id vtile eſſet, non tamen ita nullum efficit, vt præcedẽs teſtamentum tollere non poſsit, ſi id filio vtile ſit, quia magis admittitur, vt vno reſpectu validum, alio inualidum ſit, circa diuerſa teſtamẽta, quàm circa idem teſtamentum, licet gradus ſint diuerſi, & ita ſunt conciliandæ, hæ tres leges text. noſter *& l. ſi ex duobus. §. ſi prius de bono. poſſ. contra tab. & l. 3. §. fi. ſupra eod.* quòd à noſtris, dd. non eſt animaduerſum, ſed licet hic intellectus ſubtilis ſit valdè, & diu mihi placuerit, nũc tamen dubius mihi videtur, nec ſatis poſſe reſponderi ad *d. l. 3. in §. fi. ſuper eod.* vbi filij intereſt; quòd ſibi detur bonorum poſſeſſio contra tab. contra primum gradum, à quo fuit præteritus, vt rumpatur ſecundus, a quo fuit exhęredatus, eſt tamen cùm primus gradus fuerit filij præteritione nullus, incipit teſtamentum à ſecundo, & priuilegium filij, vt ſit nullus ipſo iure, primus gradus ſibi nocet, & melioris cõditionis eſt in ea ſpecie emancipatus, quam ſuus, ſicut & in *d. §. ſi prius.* qui verò loquitur in emancipato: vt ex toto illo tit. apparet, quia prætor emancipatis, qui iure ciuili erant penitus deſtituti, prouidere ſtatuit: neque obſtat huic intellectui ea quæ diximus ſupra in 2. intellectu, quia reſpondere poſſumus ex his quæ diximus in præcedenti intellect. nec obſtat, *l. ſi quis eum. in §. fi. infra de vulg. & pupil.* quia illa verba, vt ſibi hæredem inſtituat, ſi viuo ſe filius decedat, ſunt verba teſtatoris, non legis, & ita lex illa nihil obſtabit, niſi dicas, quod vbi ſunt duo teſtamenta faciliùs recedatur à primo, cùm ad hoc teſtatoris factum, ſeu voluntas concurrat, quod in duobus gradibus in eodem teſtamento ceſſat, & ita reſpondeamus ad *dictum. §. final. dicta. l. 3.* ſed in hoc aliis iudicandum relinquo.

SVMMARIVM.

ex l. ſi à primo.

1 *Ex defectu acceſſorij, non poteſt rumpi principale.*
2 *Non reperitur ius dicendi nullum, contra omnes dd.*
3 *Intellectus. l. Lucius Titius. ſupra de petition. hæredita.*
4 *Error Fulgoſ.*

POMPONIVS Si à primo hærede inſtituto filium exhæredauero, à ſecundo autem ſubſtituto non exhæredauero: & dum pendet an prior aditurus ſit, filius deceſſerit, ſecundum Iuliani ſententiam qua vtimur, non erit ſecundus hęres, quaſi ab initio inutiliter inſtitutus, cùm ab eo filius exhæredatus non ſit: quod ſi in poſthumo filio idem acciderit, vt natus viuo patre, à quo exhæredatus ſit, moriatur: eadem dicenda erunt de ſubſtituto: quoniam cùm eſt natus filius, loco eius eſt, qui ſuperſtes eſt.

Oppono, quòd poſthumus non ſolum rumpit vnum gradum, ſed vtrunque vt *in l. nam & ſi ſub conditione in §. fi. & ſupra iſto tit. in l. 3. in §. fi.* Sol. verum eſt vbi vnus gradus dependet ab alio, & eſt acceſſorius, nam rupto principali, qui ſemel valuit, rumpitur alius gradus, qui ei accedit, hîc verò contingit per contrarium, quía hic poſthumus cùm fuerit exhæredatus à primo gradu, 1 & præteritus à ſecundo, natiuitate non rumpit gradum principalem, ſed acceſſorium, & ex acceſſorio non infertur ad principale, nam nec infirmare, neque confirmare principale poteſt, *vt infra de iure codicillo. in l. quod per manus. licet Aretin. & dd. in dicta l. 3. in § fi.* negantes ſubſtitutionem eſſe acceſſoriam, reprobent iſtam rationem, ſed apertè errant, vt ibi defendendo gloſ. latiùs ſcripſimus in numero 5.

Secundo oppo. morte poſthumi teſtamentum id quo præteritus erat; confirmatur, vt in *l. poſthumus infra tit. prox. de iniuſt. rupt.* Sol. verum eſt, ſi poſthumus viuo teſtatore decedat, vt ibi, ſecus, ſi eo mortuo, vt hic, & ita illud verbum, viuo patre,] quod ponitur in text. noſtro non refertur ad verbum Moriatur; ſed ad verbum natus, vt natus fuerit viuo patre, mortuus verò non viuo patre, ſecundum glo. & dd. vel ſecundum *Raphaelem Cuma.* hic reſpexit ius ciuile in contrario ius prætorium, ſed non placet quoad iſtam l. ideo melior eſt præcedens ſolutio. ne videatur *Pomponius* iuris prętorij non ha-

buiſſe

buisse rationem: hic cętera vide per *Io. de Imol. & Paul. de Castro,* qui benè exponunt tex. istum.

Vnum tantum examinabimus, quod in hac leg. tract. Iass. an hic probetur, Bald. opinio, qui tenet, quòd ius dicendi nullum transmittatur ad hæredes: quod *Bald. in pluribus locis* asseruit, vt transmittatur, tam beneficio statutis, quàm ex remedio, *l. vni. C. de his, qui antè apertas tabul.* & durare triginta annis. dd. volunt, quia iuris ciuilis remedium sit, quæ remedia triginta annis durant, vt *de perpetu. & temporali. actio. instiut.* Sed certè dd. in hoc apertissimè errant, confingentes hoc remedium, nam ius dicendi nullum lege inductum non reperitur, non magis quàm ius dicendi contractum nullum, quando inualidus est, vel à minore, vel de prædiis minoris, sine decreto gestis, vel à maiore dolo inducto: sicut neque reperitur actio seu ius dicendi testamentum nullum, quòd septem testes adhibiti non sint ex *l. si vnus C. de testament.* nam si ius dicendi nullum veluti actio consideraretur, mortuo filio præterito in vita prætereuntis patris, cessaret hoc remedium, & testamentum effectum obtineret, quia vbicunque desinit interesse, desinit actio competere: vt in *l. si seruus furtiuus supra de condictione furtiu. & in l. si ex conuentione. C. de pact.* sed filio mortuo viuo parente nihil interest eius, cùm neque ab intestato hæres futurus est, vt in *l. 1. in §. si impubert. de Collat. bono.* Si ergo nullum ius sibi competere in hæreditate, cessat & ius dicendi nullum, & ita inualiditas testamenti cessabit, sed hoc falsum est, quia nihilominus testamentum nullum est, vt in *l. præcedent. & infra eadem l. si posthumus.* non ergo ius dicendi nullum, est actio, cùm non conueniat cum natura aliarum actionum, nec potest dici, quod licet filius petere non possit, possunt tamen venientes ab intestato, quorum interest, vt extetus hæres institutus excludatur, resque ad intestati causam deferatur, quia cùm de iure tertij allegent, excludendi essent: vt *l. vti frui. si vsufruct. pet.* maximè deducendo ius filij præteriti, quod nullum est, eo in vita parentis defuncto, sicut ergo ius adeundi remedium, vel actio non est, cum aliarum actionum regulis non censeatur, quia cum aliquid ipso iure à lege inducitur, non est opus actione, vt id peragatur: vt in *l. 1. in fi. C. si manci. ita fuerit aliena. vt manumittat.* ita neque ius dicendi nullum est necessarium. Præterea nulla lege hæc actio inducta est, quomodo ergo nos actiones inducemus, vel dd. inducere potuerunt, hoc enim ius ciuile, vel honorarium inducere potest, vt *l. ius autem ciuile. supra de iusti. & iure, & iunct. l. 2. §. deinde cùm essent. de origi. iur.* ex legibus enim (vt apparet) ibi dantur actiones, sed nulla lex est quæ actionem dicendi testamentum nullum inducat, ergo non est actio iuris dicendi testamentum nullum, non magis quàm ius dicendi contractum nullum in his speciebus, in quibus contractus per legem nullus redditur, denique ab intestato filius præteritus sine aliquo iure dicendi contra testamentum veniet: vt probatur. *infra eod. in l. fi.* quo iure igitur filius præteritus, vel hæredes ab intestato agent? quoue iure vel remedio vtentur? Respondeo, hæreditate ab intestato adita: si possessionem nansciscantur, & hæres ex testamento eos conueniat, excipient, si non in ea causa sint tabulæ testamenti, vt præteritione filij nullæ sint, arg. *l. 2. infra de excepti. rei iudi.* & ex pluribus legibus illius tituli colligitur hic modus excipiendi: scilicet obtinetes, si non &c. vt *ibidem & in l. si à te. in fi. & in l. si mater in §. idem* Iulianus. ibi obstaret exceptio.] & fac. *infra de dol. exceptio. l. apud Celsum in §. item quæritur. vers. extat Neruæ & Attiliani sententia. & in vers. Labeo. 2. & in §. fi. eiusdem legis,* & fac. text. *in l. si post litem. & in l. filius famil. & in l. funde. & in l. fundum infra de exceptio. & in l. sed & si lege. in §. item si rem. supra de petitio. hæreditat. & in l. qui pendentem. supra de action. empt. & vendi. & in l. qui eum hæredem. infra. de actio. & obligat.* optimus text. in *l. itaque. supra de procurato.* quod si non possideat filius, vel ab intestato hæres eo deficiente, sed vel institutus in testamento nullo, vel alij, aget vel ipse si sit, vel si non sit, venientes ab intestato, vel ex interdicto quorum bono, vel petitione hæreditatis, nam hic institutus petitione hęreditatis conueniri potest, quia cùm titulus suus, id est testamentum filij præteritione, sit nullus, pro possessore possidere videtur: text. est in *l. nec vllam. in §. 1. supra de petitio. hæredi.* vbi *Vlpianus* inquit, Omnibus etiam titulus hic pro possessore hæret, & quasi iniunctus est. Denique & pro emptore titulo hæret, nam si à furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quæritur, an quis pro possessore possideat: vt puta vxor vel maritus, & placet nobis Iuliani sententia, pro possessore possidere eum: & ideo petitione hæreditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore, possessionem: vt puta si à minore duodecim nupta mihi quasi dotem sciens accepi, & si legatum mihi solutum est, ex falsa causa scienti, vtique pro possessore possidebo.] Quod si de testamento opponat, replicabit hæres ab intestato, si non in ea causa &c. vt sup. dictum est, vel si pro hærede se possidere dicat hic titulus petitionem hęreditatis non excludit, vt in *l. pro hærede. c. titul. & l. regulariter. & C. eod. tit. in l. cogi. & in l. hæreditatis petitionem. & supra de iureiurand. l. iusiurandum, quod ex conuentione. in §. pupillus.* vt in terminis nostris est text. in *l. sed & si lege in §. scire eod. tit.* qui loquitur de eo, qui ex testamento inualido possidet, denique nullitatem testamenti excipiendo, vel replicando, deducet, non ius dicendi nullum, quòd actio non est nec ius, nam vbi actus est

nullus,

nullus, exceptio vel replicatio intentionis, vel facti, potius quam actio nullitatis datur: vt per *tot. tit. infra quar. re. actio non det.*

Neque obstat text. singularis qui videtur probare ius dicendi nullum, actionem esse in *l. Lucius Titius. supra de petitio. hæred.* vbi *Modestinus* inquit, Lucius Titius cùm in falsi testamenti propinqui accusatione non obtinuerit, quæro, an de non iure facto, neque signato testamento querela illi competere possit. respondi, nō ideo repelli ab intentione non iure facti testamenti, quod in accusatione falsi non obtinuerit,] Ecce text. singul. licet. dd. eum non allegent quod datur querela, & sic actio, non iure facti testamenti, & ita videtur text. expressus contra opinionem nostram, sed ille text. debet intelligi necessariò vt loquatur de replicatione, quæ agenti petitione hæreditatis, vt ex titul. apparet, competit, si de re iudicata ab hærede scripto, super petitione hæreditatis, contra hæredem ab intestato ex causa falsi opponatur, & hoc manifestè apparet, quia text. loquitur de testamento nullo ob defectum solennitatis, contra quod nullus vnquàm dixit, quòd detur actio, quæ ius dicendi nullum appelletur, sed dd. loquuntur in iure dicendi nullum, propter filij sui præteritionem: & ita reperio quod *Raphael Fulgosius in d. l. Lucius.* optimè dicit, nota quod tex. hic appellat accusationem falsi, quam intelligo ciuilem esse quæstionem: scilicet hæreditatis petitionis ab intestato causa falsi testamenti], hæc Fulgos. quòd concordat cum nostra interpretatione in secunda text. parte: text. qui loquitur de querela, non iure facti testamenti, cum minus dura sit interpretatio, quàm illa de accusatione falsi, vt de exceptione, vel replicatione falsi, ciuilis intelligatur, quæ verissima est interpretatio, ex titul. sub qua dicta l. continetur, apparet, sed licet *Raphael Fulgo.* optimè in dicta interpretatione loquatur, errat tamen apertissimè in eo, quod posteà subiungit, posse vtrumque quæstionem falsi, s. & iniusti testamenti,

Error Fulg.

4 principaliter induci per officium iudicis, petendo declarari testamentum falsum, aut iniustum, quia si intelligit de iniusto per querelam, in officios. testamenti filio exhæredato iniustè, non est opus officio iudicis, cùm detur querela, quæ actio est: vt *in l. quemadmodum supra de inoffic. testa.* licet accusatio appelletur aliquando in *l. posthumus. in §. si quis instituta. eod. tit. & in l. si instituta & in l. si suspecta. in §. quamuis.* si verò vult, quòd per officium iudicis nullum testamentum dicatur, vel quod filius sit præteritus, vel quòd non habeat ea solennia, quæ debeant interuenire & verum id esse non potest, quia cùm habeat actionem ordinariam petitionis hæreditatis: vt dictum est, officium iudicis cessat: vt est text. in *l. in causa cognitione. 2. in princip. de minori. supra* vbi hoc est expressum: in causæ cognitione (inquit *Vlpianus*) etiam hoc versabitur, nam fortè alia actio possit competere, citra in integrum restitutionem, nam si communi auxilio, & mero iure munitus sit, non debet ei tribui extra ordinarium auxilium, vt puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est, item relatum est apud Labeonem: si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, nullam esse societatem, neque inter maiores quidem, & ideo cessare partes prætoris:] quoad querelam verò falsi, cum actio, & accusatio falsi prodita sit, non est vt officium suum iudex interponere debeat, nisi mercenarium, actioni ipsi deseruiens, non verò principaliter, & ita in his *Raphaël Fulgos.* maximè errat, tàm in *d. l. Lucius.* quàm *in l. qui de in officioso. col. fi. in nume. 7. de in offic. test.* vbi dicit, si testamentum in veritate est nullum: duæ viæ competunt: vna, vt petat hæreditatem, & de nullitate quæratur incidenter, sed si placet filio potest principaliter de nullitate disputare,] hæc *Fulgos.* qui in hoc vltimo errat, existimans ius dicendi nullum, esse actionem, vel officium iudicis vt infrà loquens de querela, in qua vt dictum est etiam errat.

Concludamus igitur non dari actionem, vel remedium, quod ius dicendi nullum appelletur, ideo superfluum esset quærere quo tempore tollatur vel præscribatur, vt *l. decem. infra. de verbo obliga.* sed solum quærere debemus, ius adeundi, vel petitio hæreditatis, quo tempore præscribatur filio præterito, vt *l. licet. C. de iure de lib. & l. hæreditatis petitionem. C. de petitio. hæred.* & ita filio præterito, non est remedium iuris ciuilis inductum, quod bonorum possessioni contra tab. remedio à prætore inuento respondeat: sicut neque bonorum possessioni secundum tab. est aliquod remedium, quod detur scripto de iure ciuili, sed adire hæreditatem, quod magis est facultatis quàm actionis, potest, non tamen datur ad hoc remedium iudiciale, & ita in præterito sola voluntate non approbandi testamentum expeditur: vt in *l. filio præterito. infra titulo proximo.* prætor autem illa remedia iudiciaria inuenit, quia ipse intulit vt ius ciuile, ipso iure inducere potest, vt *§. quos autem. insti. de bon. possessio.* ius autem ciuile nullum ipso iure testamentum reddit, ideo non est opus ad id, aliqua actione, ineptum ergo est quærere an ius dicendi nullum præscribatur, vel transmittatur, cùm potiùs de hæreditate, & eius petitione quærendum sit, quod vt ego existimo adeò verum est, & manifestum vt mirer, dd. nulla lege, vel ratione ex capite suo hoc ius, vel actionem induxisse: item si esset ius dicendi nullum, & præscriberetur, ergo testamentum nullum ex tempore vires acciperet, contra *l. obligationum fere. in §. placet. infra de actio. & oblig.* & in confirmationem nostræ opinionis fac. quæ in alia materia subsensit *Angel. in l. 1. C. de success. edi. & Corne. in rub. eod. tit. numero 12. in vers. tu*

potest

potest dicere, & Angel. de Periglis melius *in repe.l.in suis.numer.* 103. *infra eod.* dicit, quod licet in iure dicendi nullum non detur successorium edictum, tamen nepos filii præteriti, tanquàm succedens ab intestato, poterit agere petitione hereditatis, & si opponatur de testamento, replicabit nepos de nullitate, ecce, quod vbi inutile esset ius dicendi nullum, potest agi petitione hæreditatis, & ita remedium illud nec à iure est inuentum, & esset ferè inutile, & vide quæ ponit *Bar. in l. si expressim. infra de appella. num.* 12. quæ longam discussionem requirerent, sed quia materia est valdè extranea, ommittendum duxi. vltimo, hic text. induci solet quòd valet exhæredatio facta à persona: vide omnino quæ diximus. *supra eod.l.3.in §. filius inter medias.*

SVMMARIVM.

Ex l. si quis posthumos.

1 *Inspicitur potius natura, quàm accidens.*
2 *Oblationes ad quem pertineant, duobus festis concurrentibus*
3 *Error doctorum in hac re.*
4 *Institutio posthumi, an trahatur ad ciuiles posthumos.*
5 *Intellectus.l.hæredibus.§. Titius infra ad Trebellia.*
6 *Possibile in genere quando consideretur.*

PAVLVS. Si quis posthumos, quos per ætatē ac valetudinem, habere forte non potest, hæredes instituit: superius testamentum rumpitur, quod natura magis in homine generandi, & consuetudo spectanda est, quàm temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo à generandi facultate, sed si ex ea, quæ alij nupta sit, posthumum quis hæredem instituerit ipso iure non valet, quòd turpis sit institutio.

1 Ex isto tex. notāt.dd. quòd potius inspicitur natura, quā accidens, sic, *supra de titul.l. qui habet. quæst.l.*3. & fac. *l. fi.C. de his qui veni.ætat.* & nota, quòd hic accidens est contrarium naturæ, at, in *d.l.qui habet*, potest vtrunque cōcurrere, & adde quòd præualet hic natura.s. generaliter sumpta, accidenti, in hac vel illa specie non considerata, quia ad eā, quę frequenter accidunt, iura adaptantur, *vt in l.nam ad ea.de legib. supra.* & ita quæ repugnant naturæ generaliter, repugnant & legi, vt *in §. minorem. de adoptioni.* non autem quæ repugnant in aliqua specie: vt latiùs deduximus lib.2.selecta, interpretatio. in c. 1. in princ. vbi omnino videatur.

2 Ex regula superius posita, quòd potiùs inspiciatur natura quam accidens inferunt *dd. Bar. & alij in l.fi.de offici.pro consul. quos hic refert Alex. & Iass. ad quæstionem.* finge, quòd ex consuetudine, vel ecclesiæ institutione, ea quę offeruntur in die beatæ Mariæ, pertineant ad Archidiaconum, quæ verò diebus dominicis ad Rectorem. si dies Beatę Mariæ incidat in die dominica, oblata pertinebunt ad Rectorem, excluso Archidiacono, cum natura inspici debeat: non accidens, & accidentaliter Beatæ Mariæ festum celebretur in die dominica, non ex natura sua, sed contrà videtur, quòd in specie proposita Archidiaconus præferatur, quia specialius est ius suum, habet enim vnum diem totius anni: & ita pro eo facit regula iuris. l.in toto iure. *infra de regu.iur. & infra de dot.prælegat. l. cur vulgari & in l.vxorem in §.codicillis. & in l.seruis vrbanis infra de leg.* 3. item pro alia parte quòd debeat inter Rectorem, & Archidiaconum diuidi prædictæ oblationes, videtur expressum *infra de vsufruct. lega.l.si alij fundum.* nam concurrere videtur pars cum toto, & ita tenent. *Bal. Alberi. Guill. Decii. & Fulgos.* quos hîc refert *Iass.* licet non per d. l. legé, & ita potest colligere duas opiniones.

Altera est vt pertineant oblationes ad Rectorem.

Secunda vt diuidantur inter eum & Archidiaconum.

Tertia est vt si ex quantitate eleemosinæ possit colligi, quòd fuerit facta intuitu festi B. Mariæ, debeatur Archidiacono, *Socin. & Imol.* quos hic refert Alex.

Quarta vt præferatur indistinctè Archidiaconus, quia habet ius specialius, quę opinio videtur probari contra dd per rationem ipsorum quam pro contraria parte adducunt, nam quòd festum B.Mariæ virginis constituto die, certoq; aniuersario celebretur, est naturale: quod verò sit dies dominicus ea die accidens est, quid enim interest oblationes diei natiuitatis Virginis matris debeantur Archidiacono vel octaui diei Septembris *supra eod.in l.*1. hic autem octauus dies non variatur, neque mutabilis est, sed naturalis, ergo præferri debet in eo Archidiaconus Rectori, ideo vt doctorum opinio vera sit, debet proponi species, in festo variabili vt pote pentecostes, vel resurrectionis, vel corporis Christi, non autem in festo certa die constituto.

Sed licet hæc subtilia sint & à doctoribus 3 *Opinio singularis.*
nostris non considerata, alia tamen via, quæstio hæc decidenda foret, non ex regula istius text. ideo dicendum est quòd Archidiaconus, vel Rector, alteri pręferatur, prout officium vel virginis, vel Dominicæ pręfertur, si enim Missę officium Beatę virginis.D.N. fit, Archidiaconus præferretur, si verò dominicæ, quia fortè officiū virginis transfertur in diem sequentem, oblationes ad Rectorem pertinebunt, nam cum concurrant hæc festa vno die, hæc dies hermaphrodito non absimilis erit, duplicem habens festiuitatem, vel sexum. præfertur autem illa, in qua magis pręualet, vt *supra de stat.homi.in l. quæritur hermaphroditum. & supra isto tit.in l.sed est quæsitum.* potentior autem illa dicetur, & principalior festiuitas, quæ aliam minuit, seu potius excludit, & ob quam alia cessat, vt in *c.presbyter præsente.95.distinct.* fac. tex. *in l.meminisse.in princ. supra de offic.proconſ. & lega.* fac in argument. *l. nam & magistra-*

magistratui supra de arbitr. nec obstat hic tex. nec regula supra posita, quia in ista quæstione accidens est, vt festa concurrant, alia verò naturalia sunt, cumque festi, vt tempore constituto incidat. ideo non magis natura potest considerari in vno, quàm in alio, neque accidens, ideo considerari debet cuius sit potentior natura, vt alteri prævaleat.

His expeditis, oppono contra nostrum text. institutio posthumi, est institutio conditionalis, scilicet si posthumus nascatur, vt *in l. 1. in fi. de condit. & demonstra. & l. gallus in princip. infra. eod.* ideo inspiciendum est vtrum posthumus nascatur, vel non. Quomodocunque ergo non nascatur, deficit conditio, non ergo interest, testator generare non possit natura, vel casu, vel etiam quod generare possit, si posthumus non generetur: vel non nascatur: ergo distinctio text. nostri non est bona. solu. ex mente gl. hic contra glo. *in l. sed est quæsitum supra eod.* respondeo, quòd hîc non agitur de confirmatione testamenti, ad quam requiritur, non solum quod testator generare possit, sed quòd generauerit, & quod posthumus nascatur, & hæreditatem adeat, qui ad perfectionem primam testamenti, non hæc requiruntur, sed solum quod institutus sit aliquando purè, vel sub conditione, quæ per rerum naturam existere possit, & à lege non improbetur, vt in ista lege. quòd enim deficiat conditio, non efficit, vt testamentum ab initio non valuerit: & fuerit perfectum: quod sufficit, vt tollatur primum: vt hîc, ex quo nota quod secundum testamentum tollit primum, etiam si ex secundo non adeatur hæreditas, imo etiam si adiri non possit, ex eo quod institutionis conditio defecerit, quod probatur in §. *posteriore. insti. quibus modis testamentum infirmetur* & ita ad istum effectum iuris consultus Paulus hanc distinctionem fecit, qui effectum huius rei expressit, quod non fecerat *Vlpianus in l. sed est quæsitum supra eod.*

Secundo oppono, quod possit iste testator, qui ex infirmitate, sed senectute generare non potest, posthumos habere, potest enim habere posthumos adoptiuos. Solu. text. tollit difficultatem, quia dicit quod instituit eos posthumos quos per ætatem, aut valetudinem habere non poterat, & ita expressè instituit posthumos naturales non ciuiles tamen. Sed quid si posthumum suum simpliciter instituat, an valeat institutio, & si de ciuilibus posthumis per adoptionem intelligatur, licet recentiores dd. in hoc multa dicant, vt patet ex Areti. quæstio superflua est, quia si quærimus hoc ad effectum, de quo in nostro tex. tunc non est dubium, quin valeat institutio posthumorum ab eo facta, qui generare non potest, si potest adoptare, vt in spadone vt *supra d. l. sed est quæsitum.* aut loquimur ad effectum succedendi, an adoptatus vel arrogatus postea institutus videatur, & clarum est, institutum videri ex testatoris mente, qui cum sibi posthumum fecit, ipse enim facto ipso interpretatus est voluntatem suam: vt in *l. filia mea. in §. 1. infra. de condit. & demonstratio.* & facit text. in *l. ideoq. supra isto tit.* facit text. *cum ibi notatis l. si cognatis. infra de reb. dub.* & vid. quæ trad. *Tiraq. in l. si vnquam C. de reuocan. do. in verbo susceperit liberos. n. 18.*

Maius dubium est, si tertio hæc conditio adijciatur, (qui filios legitimos, & naturales habere non potest, si sine filijs decesserit) videtur enim de illis, quos habere potest intellexisse, sed ego nunquam de adoptiuis intelligendum existimo, vt in *l. fidei commissum. infra. de condi. & demonst.* quem tex. indistinctè intelligendum credo. ne in potestate grauati sit, eludere voluntatem defuncti, vt pro Iass. hic & efficere de casuali conditione, potestatiuam: in clerico autem, qui sine crimine filios habere non potest, adiecta conditio magis in vim causæ, quã conditionem significare, credo: vt si decesserit sine liberis restituat hæreditatem, quasi adiecerit, quos scio habere non posse, vel euenturum, certum est interpretetur dispositio, nunquã autem filij ex crimine nati conditionem deficere, efficient: vt in *ista lege in vers. Sed si ex ea.* Non obstat text. in *l. hered. in §. Titius infra. ad senat. consul. Treb.* vbi conditio adiecta filiæ furiosæ, si sine liberis decesserit, deficit, habitis liberis ex matrimonio inualido, neque enim alios liberos habere poterat, primo quia ibi de naturalibus loquitur text. qui iure ciuili non reprobantur, imo de iure ciuili fœminæ spurij succedunt: vt in. *l. si suspecta. in §. de inoffic. supra. de inoffic. test. & in §. vulgo quæsiti. insti. ad sena. consul. Tertul.* item ibi ex facto testatoris fuerunt filij habiti, quia filiam licet furiosam in matrimonium collocauit, & ita in illo text. tot concurrunt, vt certissimus de illis filijs testatorem intellexisse, qui ex illo matrimonio de facto contracto fuissent procreati.

Sed opponitur d. *vers. sed si ex ea*, nam possibile est, posthumos ex muliere alij nupta habere dissoluto matrimonio, item non est impossibile de iure, si inspiciamus in vniuersum, vt ex ea muliere legitimos posthumos testator habere possit, neque per naturam, hoc est impossibile. Respondeo: cum testator ad speciem descenderit, quæ præsefert turpitudinem, non curamus de possibilitate in genere, quia ius ciuile turpes voluntates reijcit: vt in *l. si filius qui. infra. de conditionibus institutionum* nec curat in his quæ mores respiciunt, quid in genere natura fieri possit, sed quid in ea specie honestas exigat, fac. *l. bona fidei. de poss.* & notat. quod versiculo pen. & fine huius legis debent hic continuari.

Et oppono, quòd sicut potest ius adoptionis, & consanguinitas ex ea proueniens tolli, & sperari vt possit cum sorore adoptiua contrahere matrimonium, ita potest dissolui matrimonium morte mariti in isto *versiculo, sed si ex ea*

Sol.

Sol. hoc fieri non potest,nisi casum, aduersámque fortunam expectemus,at,illud potest voluntate patris,& iusta & legitima cōuentione.

Item oppo.de tex. in *l. filius à patre. in §. si. infra eodem.* Solu. in illo tex. duo casus sunt cōsiderandi,alter est de eo, qui instituit posthumum suum nasciturum ex Seia,cum qua matrimonium contrahi non poterat, propter defectum ætatis,& iste casus non obstat , quia certum est hunc defectum natura ipsa auferendum fore, nisi casum aduersámque fortunam speremus, alter casus est *in versic. & generaliter.* in quo posset comprehendi species *istius vers. sed si ex ea*, quæ alij nupta sit, & tunc videtur text, fortis, inquit enim,& generaliter nato post testamentum hærede scripto,aditus est ad hæreditatem,in qualicunque statu testamēti faciendi tempore fuit, quæ postea testatori ciuiliter nupta est. Ecce quòd si hic succedat hic casus in isto versi.Sed si ex ea quæ , quem testator expressit, succedet ei posthumus, ergo is casus non est vt turpis reiiciendus, cum sine turpitudine contingere posit, sed respondeo, quòd verum est successurū fore talem posthumum , sed ab initio institutio inutilis est , nisi casus ille legitimè eueniat, qui sperari non potuit legitimè,si tamen omnino legitimè eueniat,non est reijciendus posthumus ille , cùm legitimus sit,licet legitimè sperari non potuit , non enim adeò potest legis præsumptio, vt euidentiam rei contrariam superuenientem excludere posit , vt in *l. si is cum quo. infra de confess. & in l. inde Neratius , in §. si. cum.l. sequenti supra ad l. Aquil.* & fac. *infra de quæstioni. l. 1. in fine.*

Sed opponitur, quòd si à principio non valuit institutio , ergo regula Catoniana efficiet, vt nunquam valere ex futuro euentu possit, item, tria tempora sunt inspicienda , tempus testamenti, & mortis, & aditionis, vel duo saltim tempora in suis: vt *in l. in suis,& legi.hæredib. & in l. si alienum in §. in extraneis. infra de hæredib. instituend.* Sol. neque hæc regula neque Catoniana ad conditionales institutiones pertinet : vt in *l. penul.infra de reg. Catonia. & in l. in tempus. infra de hæred. instit.* & est commu. opin. secundum *Ias. l. si is qui hæres infra de vulg. & pupil.* & vid. *Soc. in l. 1. in tertia col. eodem titulo Lancelo. Polit.in tract. substi. in materia pupil. 7. quæst. numero.* 24. Sed posthumi institutio semper conditionalis est , vt supra diximus,omnium enim quæ in rerum natura non sunt dispositio,conditionem vi ipsa continet , vt in *dicto l. 1. infra de condi. & demonstrationi.* & ita respondet ad text. *in l. si stipuler. in §. item quod leges , infra de verbo. obligatio.* quæ videtur secunda.

Quærit *Bart.* si mulier sterilis contrahat matrimonium, vtrum habeat priuilegia in dote : & Bar. distinguit , an sit naturaliter sterilis, an ex accidenti, sed dd. indistinctè tenent sibi competere dotis priuilegia , vt tenuit *idem Bart. in l. 1. in num. 29. Sol* matri.& est expressum *in l. 2. in §. si cum. l. sequent. infra de priuil. credi.* & est commu. opi. secundum *Rip. in d. l. 1. num. 124.*

S V M M A R I V M.
ex §. Si filium.

1 *Querela quando transmittetur.*
2 *De successorio edicto, in querela inofficiosi testamenti.*
3 *De successorio edicto, in contra tabulas bonorum possessione.*
4 *De statuto excludente fæminas qualiter debet interpretari.*
5 *Facultas legitimandi, quomodo debeat interpretari.*
6 *Litera florentina istius text. est falsa.*

SI filium exhæredauero,nepotemq́ue ex eo præteriero,& alium hæredem instituero, & super vixerit filius post mortem meam , licet ante aditam hæreditatem decesserit , non tamen nepotem rupturū testamentum , Iulianus & Pomponius & Marcellus aiunt, diuersumq́ue est,si in hostium potestatem filius sit , & decesserit in eodem statu:rumpit enim his casibus nepos testamentum , quòd si moriente auo,filius repudiauerit,non abscissum est : vt superiore casu fuerit , sed & si hæres institutus omiserit hæreditatem , erit legitimus hæres, quoniam hæc verba,si in testato moritur , ad id tempus referuntur,quod testamentum destituitur, non quo moritur.] Opp. videtur , quòd in prima parte text.nepos rumpat testamentum , quia morte patris agnascitur auo,ideo si præteritus sit,rumpit testamentum,vt in *l. posthumorum infra tit. sequent.* Sol. secundum *glo. & Bar.* id verum esse,si filius moreretur in vita patris,qui tūc nepos agnascitur auo, sed si prius auus moriatur,cùm tempore mortis præcedat filius,non potest nepos agnasci auo,vt hic *& insti. de hæred. quæ ab intesta. deferunt. & ita demum.* nam cum testamentum aui eius morte cōfirmetur, id quod postea superuenit non attenditur.

Sed opponitur,quod imo idem sit , si pater moriatur post mortem testatoris vt nepos rūpat,vt *infra in vers. diuersum.* Solu. licet decesserit verè post mortem testatoris filius, fictione tamen legis Corneliæ videtur in vita decessisse, ideo nepos primum locum in vita aui tenuisse videtur,ideo rumpit testamentum præteritus, cum lex Cornelia trahat mortis tempus , ad tempus captiuitatis , at cùm hic nulla sit fictio. in principio istius tex.& nō tenuerit nepos primum locum in vita testantis, neque institui debuit,neque exhęredari , ideo valet eo pręterito testamentū, vt hic & *infra vnde liber. l. scripto & infra de bono.poss. contra tab. l. illud in §. Si quis filium*

Sed oppono, quòd nepos rumpere posset etiam si à patre præcedatur , vt in *l. si quis filiu in C. de inofficios. testa.* Sol. secundum glo.ex persona sua rumpere non potest, sed ex persona pa-

tris

tis ex hæredati, potest querelam inofficiosi intendere ex transmissione, in qua de meritis filij exhæredati, non nepotis præteriti agetur: vt in *ead. l. & istam* Solut. Bart. & dd probant: sed si bene consideretur hęc oppositio non facit contra istum tex, quia agitur de ruptione testamenti ratione præteritionis, non autem agitur de querela inofficiosi testamenti, sed de ea agendo verum est, quòd non transmittitur non pręparata, neque præparari hic potuit, hæreditate nondum adita, sed in ista specie transmittitur hodie per. *d. l. si quis filium*, quæ fuit necessaria, nam ante illam legem, secundum *Raphaelem* Cum non dabatur in querela successorium edictum, nisi postquam competere cœpisset, & ita post hæreditatem aditam, nisi enim delatum id ius sit, non datur successio vt in *l. 2. infra de bon. liberto:* quod etiam tenet *Fulgos. in l. pater filium. col. 3. supra de inofficio. testa.* & videtur probari in *l. scripto infra vnde liber.* vbi excluditur nepos, instituto adeunte filio exhæredato mortuo, ante hęreditatem aditam, quia quærela inofficiosi testamenti nondum competierit ante hæreditatis aditionem: vt *infra de bono poss contra tab. in l. filium in §. cum exhæredatio.* transmitti non potuit neque in ea successorium edictum locum habet, ideo necessaria fuit noua dispositio *dicta l. si quis filium.* licet posset dici, quòd *dicta. l. scripto.* potius loquatur de iure suitatis, quàm de quærela inofficiosi testamenti, licet si quærela competeret ex successorio edicto nepoti, & rumperetur per eam testamentum, nepos suus hæres auo efficeretur, cum tempore destituti testamenti, seu rupti, nullus eum præcedat, vt in *fi. huius §. & infra tit. 1. in l. si quis filio exhæredato.* quia in successione ab intestato facto testamento, solum tempus inspicitur, quo rumpitur, vel destituitur testamentum, & hæc quoad transmissionem querelæ vera sunt.

Sed quod attinet ad successorium edictum. in querela, mihi videtur difficilè valdè, vt in
2 querela inofficiosi testam. possit filio exhæredato. successorio edicto locus esse: nam quod aliqui, volunt, vt in querela sit locus successorio edicto, non autem in bono. possessione contra tab. vt voluerunt *Bal. & Fulgos.* quos refert, & sequitur *Emanuel de Acost. in repetitio. l. Gallus, §. & quod si tamen num.* 201 *pag.* 140 *cum sequent.* verum esse non potest, communis autem opinio, quæ tenet, vt tam in quęrela quàm in bonorum possessio. contra tab. locus sit successorio edicto, vt ibidem refert *Acosta* (vt dixi) durissima videtur, vt in querela detur successorium edictum, in contra tab. aut contra Acostam, non inconuenit locum successorio edicto fore, quod ad querelam aiunt multa obstare videntur, & miror *Paulum iuriconsultum quia in ista lege ex Iul. Pomp. & Marcello* asserit, filio exhæredato nepoti ius aliquod non competere, velit, in *l. si is qui de inoffi. test. supra* fore successioni locum, nam cùm testator obligationem legis impleuerit, instituendo vel ex hæredando eum, quia primam causam successionis obtinet, quod ei imputandum est, si alios non instituit, & ita eleganter *Vlpianus in l. 1. in §. si pater. infra de coniungendis cum emancip. lib.* eius inquit, Si pater in potestate manens exhæredatus, vel institutus sit, nepotem ex eo siue in potestate manentem, siue etiam emancipatum, ad bona aui, neque vocari, neque vocandum esse, Scæuola ait. Denique æquissima est constitut. *dicta l. si quis filium.* vt querela transmittatur, etiam non pręparata, & quæ præparari non potuit, vt nepos ius patris sibi transmissum deducere possit, paternam iniuriam prosequens, sed quòd in querela detur successorium edictum, verum esse, ex regulis iuris non potest, nam in successorio edicto venit quis, ex iure proprio: remoto eo, qui eum pręcedebat, at, ex hæredatio, & querela personæ hærent, vt in *l. Papinianus infra de in officios. testam in princ. & in l. filius.* & in ea succedere non potest alius, quia iure suo nullum ius potest competere eo, qui eum præcessit iure instituto, vel exhæredato, quod etiam allegauit nepos, patre suo exhæredato, per rem iudicatam excluso, vel ex proprio consensu ex persona patris: ex persona verò sua quod deduceret ille, qui neque institui, neque exhæredari debuit, qui neque vocatur ad bona, neque vocandus fuit. In præteritione aiunt, & ita in bono. possessione contra tab.
cum de iure testamenti agatur, quod solenne 3
non videtur præterito filio, ius omnibus commune est, vt testamento quodammodo nullo omnibus ab intestato successoribus ius deferatur, ad quod facit in argumentum id, quod diximus *supra in l. præcedenti, quæ incipit, si à primo*, & ita rationes Acostæ potius cõtra ipsum faciunt, neque obstat. *l. illud. in §. 1. de bono poss. contra tab.* quem *Acosta alleg.* vt in bon. poss. contra tab. non sit locus successorio edicto, quia apertè errat, nam ibi non competebat bon. possesio. contra tab. filio, vt nepoti successorium edictum in ea prodesse posset. inquit enim text. Si quis filiũ quem in potestate habuit, instituerit hæredem, vel exhæredauerit, & ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est, quia non est suus hęres futurus; eadem sunt in sequentibus gradibus.] Ecce quam euidenter errat *Acosta* quia ibi filius institutus fuit, vel exhæredatus, ideo nunquam potuit ei bon. possess. contra tab. competere, quæ solum pręteritis datur: vt in *l. non putauit. in prin. infra de bon. possess. contra tab.* ideo successorium edictum in bon. possessione contra tab. quæ nunquam competiit, considerari non potuit, vbi enim ortum est ius bono. possessionibus contra tab. successoribus æquissimum, vt id ius conseruetur: vt in *l. sed & si decesserint. eod. titul.* & est expressum, in *doctorum l. 2. infra de bonorum liberto.* vbi datur in contra tabulas successorium edictum, nec differentia, quam ponit *Acosta* inter bonorum possessionem contra tab. quæ patrono, & inter eam quæ liberis datur, est vera, & ita

Contra Costam.

Intellec. l. 2. infra de bon. liberto.

in bono-

in bononim possessione contra tab. ratio exigit, vt successorio edicto locus sit, cum omnibus successoribus ab intestato ius competat, si testamenti solemnia, in quibus institutio, vel exhæredatio habentur primum locum conumeratur, vt *in l. inter cætera infra isto tit.* non obseruetur, at in querela, quomodo successorium edictum cadere possit, ego non video, cum ius querelæ inofficiosi testamenti, non sit ambulatorium. vt ad sensum patet, personæ enim cohæret, ideo nisi ex transmissione per. *d. l. si quis filium.* cum persona exhæredati extinguitur: quomodo enim ex persona sua querela experietur, qui exhæredatus non est? & qui neque institui debuit, vt hic & in *d. l. 1. in. §. si pater. de coniungend. cum emanci. liber. eius.* nam si successorium edictum daretur in querela, non ageretur de meritis filij exhæredati: vt in *d. l. si is qui. & in d. l. pater filium. supra. de inofficios. testa.* nam filio approbante patris testamentum, vel filio condemnato, in querela, quomodo nepos de patris sui meritis contra rem iudicatam cum iusto, & solo legitimo contradictore lata experietur? de meritis suis nepos quid adducere potest, qui neque institui, neque exhæredari per legem debuit. nam quòd dicitur in. *l. 3. in. §. si emancipatus filius. infra. de bono. possess. contra tab.* vt in iure nepotis cognoscatur de meritis filij eius patris, tūc locum habent, quando merita, vel demerita patris influunt in filium, vt in ea specie, quando pater indignam vxorem, vel ignominiosam duxit, quod ad propositam nostram quæstionem non pertinet, cum text. ille loquatur in nepote, qui tempore mortis testatoris, aui primum locum obtinebat, denique iure adeo difficili, & dubia in ea sunt opinione: vt existimem Paulum iurisconsultum hîc referre opi. Iuliani, Pōponij, & Marcelli tenentium in querela inofficiosi, non esse locū in successorio edicto, idemque *Scæuolam* probare, & *Vlpianum in dicta. l. 1. in. §. si pater. de coniungend. cum emancipat. liber. eius.* at verò, *Paulum iurisconsultum* suam contrariam sententiam posuisse, *in. d. l. si is qui. supra. de inofficios. testa.* cui astipulatur *Papinia. in l. pater filii m. eod. ti.* & ita sunt opiniones contrariæ iurisconsultorum, non enim frustra *Vlpianus Scæuolæ* sententiam adducit, & hîc Iuliani, Pomponij, & Marcelli sententiam refertur iure, quæ non esset controuersa, neque ita anxiè Imperator *in dicta. l. si quis filium* prouideret, si in querela inofficios. esset successioni locus, nam quòd *Soci. Cu- ma & Fulgos. supra allegatis* distinguantur, ante illam l. esset ne preparata querela, vel potuerit præparari, vt esset successioni locus, aut non potuerit præparari, quia hæreditas non esset adita, & tunc secus, placere non potest, nam si victo filio exhæredato, & ita querela prorsus extincta per rem iudicatam, vel consensum filij, secundum Pauli, & Papi. opinionem. in *d. l. si is qui, & in d. l. pater filium.* est locus successorio edicto, quare non erit nondum præparata querela? præterea id procedit quantum ad transmissionem, sed quantum ad successorium edictum, in quo quis venit ex persona propria, quid interest antecessor meus præparauerit querelam, vel non, cum non de iure, vel meritis ipsius, sed de iure meo agatur? & hoc apparet, quia tex. expressus *in d. l. si is qui.* loquitur de filio exhæredato, qui noluit, aut non potuit accusare, & successorio edicto locum esse declarat, illud autem non posse, non potest ex alia causa intelligi, quam quòd obierit ante aditam hæreditatem, & ita iste tex. *& §. si pater.* sint tex. clari. quod nepos patris exhæredati, non possit venire per successorium edictum, alioquin malè *Vlpianus & Scæuola* assererent, ad bona aui nepotem ex filio exhæredato, nec vocari, nec vocādū esse, nā falsum esset si ex successorio edicto testamentum rumpere possit, & quod *Bar. in l. pater filium. 2. col. supra. de inofficios. testa.* nepotem præteritum exhæredato filio ex persona sua venire ex edicto successorio, quia præteritio eius pro exhæredatione habeatur, falsum est, quia cum præcedatur à patre neque institui debuit, neque ad bona aui per legem vocatur, ideo superfluum esset, cum tacitè vel expressè exhæredari, cum ad bona nullum ius habere possit, iniquitas autem quam *Ioa. de Imol. hic col. pen.* notat, quod iniustū est excludi nepotem, extraneúmque institutū admitti, non obstat, quia si leges ad bona aui in hac specie non admittunt nepotem, non possumus nos istam fingere æquitatem, quia vt inquit glo. hîc neque ex lege 12. tabularum, neque ex lege Velleia nepos hic rumpere potest testamentum.

Contra Soci. Cu- ma & Fulgos. [margin: Contra vtrumque Ra- pha. & So- ci.]

Cōtra Bar.

Neque placet interpretatio doctorum vltramontanorum, quos vocant, qui respondent ad *l. si is qui.* quod ibi querela summatur pro contra tabulas vt nepos præteritus veniat per bon. poss. contra tab. quia secundum opin. quam posui, nepos omnino excluditur à bonis, exhæredato eius patre, nisi per transmissionem, cum extraneus omnino habeatur, cum ab alio instituto, vel exhæredato præcedatur, neque obstat tex. *in. l. 1. in. § si pater emancipatus. infra. de coniungend. cum emanci. lib. eius*, vbi exhæredatus filius pro mortuo habetur, ideo non obstat nepoti, quia tex. ille loquitur de nepotibus in potestate retentis, quibus non obstat, pater emancipatus exhæredatus, quia neque institutus eis obstabat, vt in eod. tex. probatur, & ita exhæredatus pro mortuo est, vt non faciat partem cum his, qui sibi instituto coniunguntur, non autem his est mortuus, quibus obstaret institutus, & ita cessant omnia quæ hîc ponunt recentiores, lat. *Ias. nu. 15. cum multis sequen.*

Vt igitur tota materia breuiter resoluatur, oppone sic, dicitur hîc, nepotem filij exhæredati præteritum non rumpere testamentum, etiam si pater eius ante aditam hæreditatem decesserit: secundum *Iulianum, Pomponium, & Marcellum*, quia secundum *Vlpia. in. l. si quis filio exhæredato. in princ. infra. tit. exhæredari non debuit*, cùm eum pater præcedebat, & secundum *eundem, & Scæuolam.*

funt quod loquatur venientibus ab intestato hæredibus institutis toto quod aiũt,errant cœlo, nam licet imperfectum dicatur ratione solemnitatis deficientis. vt *C. de test. l. hac consultissima §. ex imperfecto.* tamen verbum istud imperfectum,latius patet, nam imperfectum dicitur quod non ex omnibus partibus necessarijs constat,arg. *C. de his quib. vt indig. l. fi.* testamentum ergo quo filius præteritus est, imperfectum est, vt *infra eod. l. inter cætera*,& de ista imperfectione loquitur tex. in *d. §. si prius in principio*, inquit tex. Si prius testamentum extet iure factũ, quo filius exhæredatus est,(ecce quo pacto sit iure factum,quia filius præteritus non est) sequens imperfectum,in quo præteritus sit filius, (ecce qua ratione sit imperfectum) posteriore testamento præteritus,rectè petet bonorum possessionem.]Nec in his verbis illius tex. nec in regula in eo posita,aliquid de venientibus ab intestato dicitur,& ideo diuinare esset loqui institutis venientibus ab intestato tantum: quia tamen illud verbum imperfectum, quod iuris consultus posuit,equiuocum est, & fallere posset,habet enim ambiguitatem,& posset quis argumentari,si testamentum secundum imperfectum,tollit prius, cum contra id bono. poss. contra tab. dari possit,ergo si secundum testamentum cum duobus testibus fiat, poterit bono.poss. contra tab. expugnari. & ita tolletur prius. ideo iuris consultus se explicat,de imperfectione ex præteritione causata sensisse, de alia autem non loqui, quia exemplum ponit illius imperfectionis,de qua loquitur, nam dicit imperfectum in quo præteritus sit filius,] & vt clarius se explicet inquit,]Si remoto quoque filio,potiores sint in ea hæreditate posteriore testamento scripti hæredes: ita ius habet, vt cum is contra quem filius petiit bonorum possessionem,amoto filio possit obtinere hęreditatem, filius quoque rectè videatur petere bonorum possessionem. Si verò ille non possit hæreditatem obtinere , filius quoque excludatur] id est ad iudicandum secundum testamẽtum in quo filius præteritus est,an sit tale, quod possit impugnari per bono. poss. contra tab. & ita tollat primum, si enim, non tolleret, nihil ferret per bono.poss. contra tab. videndum est an sit tale, quod efficiat de se,si filius non esset medius: vt hæreditas non verfetur circa primum testamentum. Si enim hoc efficere poterit,& ipsum tale erit filij preteritione in eo facta,vt bonorũ poss. contra tab. detur,si instituit in eo(filio non considerato) à primis hæreditatem vi talis testamẽti auocare possint,si verò non sit tale de se secũdum testamentum, vt etiam si filius remoueretur,vel quia fingeremus eum non esse in rerum natura,vel fingeremus eum approbantem istud secundum testamentum,in quo præteritus sit, non tolleret primum , quia minus sollenne, est,cum debile sit,& nullum, non poterit bono possessio. contra tabul. expugnari,quia cum hæreditas versetur circa institutos in priori testamento,inanis esset talis bono. possessio contra tabulas,cùm non reperiat, quid auferat ab eis, contra quos instituitur. Denique regula constituitur ibidem , quòd ad iudicandum an secundum testamentum in quo filius præteritus est, tollat primum, in quo exhæredatus est filius, considerandum est , an esset tale quòd de se possit tollere primum, & efficere , vt hæreditas versetur circa personas, in secundo institutas, & tunc tollitur primum non obstante filij præteritione in secundo facta. & filius vtiliter contra secundum agit bono.poss. contra tab. cuius ratio est,ne filius sibi obstare videatur. & damnum sibi ipsemet inducat,si enim ipse non esset, nihil priores hæredes primo testamento scripti haberent,cum secundis autem bona est causa filij,cùm præteritus ab eis sit,& bonorum possessione contra tab. agere possit.

Hæc autem regula pluribus speciebus vtilis esse potest,prima species,si filius sit exhæredatus in primo testamento solemni , præteritus in secundo testamento solemni,si filius non esset, secundum testamentum tolleret primum ergo idem si filius sit. ex regula illius text. aliud exemplum est,instituta pia causa in secundo testamento,in quo præteritus sit filius, cum minori numero testium, qui tamen numerus pro causa pia sufficiat,cum remoto filio, pia causa, & testamentum secundum,iure communi non solenne tolleret primum,ergo & existente filio præterito & ita secundum puterit bono. possessionem contra tab. admittere , cùm apud eum hæreditas versetur,sublato primo, idem si secundum à rustico fieret,eo casu quo valet cum minore numero testium, vel pestis tempore, vel aliis speciebus, quibus de iure testamentum, deficiente solennitate ordinaria, non est sine effectu, item si in secundo testamento in quo filius præteritus est, essent veniẽtes ab intestato instituti, quod cùm quinque testibus confectum esset, tunc enim , cum si filius non esset, hæreditas apud secundos versaretur, & primum testamentum perfectum tolleretur, ergo & filio existente idem erit, ratio est quia vtilitas filij, seu eius priuilegium, quo testamentum solet esse nullum, non debet primis hæredibus solis ferre vtilitatem , cum damnum esset filij tale priuilegium , eius enim interest , vt hæreditas apud secundos versetur, quibus ipse præferendus est cum bonor. possessione contra tab. excludere eos possit. denique ne filius sibi ipsi noceat, considerandus est ac si non esset, de venientibus ergo ab intestato non magis fit mentio, quàm de alijs speciebus. Poterunt tamen ipsi exemplum illius regulæ astruere, sed non magis de his loquitur, quàm de pia causa , & aliis supra positis speciebus , vt autem regulæ comprehenduntur, sicut omnia exempla aptè constituta sub regula comprehenduntur , non autem in

in specie, quicquid glo. & dd. nostri diuinent, malè illud verbum imperfectum interpretantes, & ita ille tex. primo ponit regulā quam secundum testamentum quo filius præteritus est, potest per bonor. poss. contra tab. expugnari, & ita tollet primum, cum bono. poss. non detur nisi contra eos, apud quos versetur hæreditas, & ita tex. in si hoc astruit, clarè faciunt, quæ diximus *sup. eod. l. 3. §. filius inter. in primo notabili per totum*, vbi consideratur persona, penes quā versatur hæreditas, & hoc quoad intellectum. *d. §. si prius.*

Intellectus huius legis. Sed restat difficultas & intellectus nostri tex. in quo ponitur regula contraria. s. quod testamentum secundum in quo filius est præteritus, est nullum, nec potest tollere primum, & considerandum est, quòd ambæ istę regulæ quæ videntur contrariæ, illa quæ hîc ponitur, & quæ in *d. §. si prius*, sunt Pauli iurisconsulti authoris ambarum legum, & retento themate, quòd ille text. etiam in filio suo intelligatur, (nam intelligendo in emancipato, clara est solutio) respondeo, quod ibidem, filius suus præteritus, superuixit patri, vt ex text. apparet, hic vero eo viuo filius decessit, nam inquit, text. Si filius qui in potestate est, præteritus sit, & viuo patre decedat: testamentum non valebit: nec superius rumpetur, & hoc iure vtimur.] Ecce tex. qui copulatiuè requirit, vt filius præteritus sit, & quod viuo patre decedat, nec hoc dicas poni, non vt in hoc sit vis, sed tanquàm species magis difficilis, quasi si viueret, multò magis nullum esset testamentum, nec tolleret primum, cùm superesset magis causa nullitatis, nam euius causā filius est, & ita recentiores malè istum tex. interpretantur, vt dictio, & pro etiam si sumatur. vt *Alciatus* in specie vult, & omnes alij sentiunt, nam hoc falsum est, cum non idem sit: si filius nō decedat vt *d. §. si prius.* & hoc est expressum. *infra de vulg. & pupil. l. si quis eum in §. fi.*
16 vbi inquit text. sed si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi hæredem instituat, si viuo se filius decedat: potest dici, non rumpi superius testamentum: quia secundum non valet, in quo filius præteritus sit.] Quasi text. velit, secus esse, si filius super viuat, quia loquitur conditionaliter intelligendo quod sint verba legis non testatoris, sicut & hic, quicquid *gloss. & dd. ibidem* velint. Sit igitur propositio vera: secundum testamentum, in quo filius suus est præteritus, tollit primum perfectum, in quo erat exheredatus: vt *d. §. si prius.* nisi filius suus viuo patre decedat, vt hic & *in dicto. §. fi. l. si quis eum quem.* & istum intell. reperio posuisse *Stellam in dicto. §. si prius.* in quem incidimus multis annis postquàm istum intellectum Salmanticæ legendo assignaremus, & gaudeo alterius authoritate posse fulciri, licet non ita explicet, vt nos explicauimus, sed valde dubitabilis est hic intellectus, vt infra dicemus in fi. Sed contra istam solutionem opposi-

sitam in vtraque specie ex propositis: testamentum secundum est nullum, ergo non potest tollere primum validum: vt *infra titulo proximo l. cum in secundo.* Solut. quando filius viuit, potest approbare tale testamentum. *infra titulo primo l. filio præterito.* & hæc potentia sufficit: vt *instit. quibus modis test. infirmen. §. primo*: sed hanc sol. supra iustè reprobauimus, ideo dic, quod vera sol. est, quod testamentum est nullum fauore filij, ideò si sit vtile ei quod non adeò sit nullum, in suam vtilitatem non omnino pro nullo habetur, sed per bonorum possessio. contra tabulas euacuabitur, quod est, si aliud validum, in quo ipse est exhæredatus præcessit, quæ vtilitas cùm cesset, filio in vita patris decedente, cùm tunc sibi nulla subsit vtilitas, valeat, vel non, nullum censebitur, idèo procedens non rumpit, quia ei deficiunt vires, quas à filij vtilitate mutuabatur, quæ vtilitas eo in vita patris mortuo, nulla est, & iste est verus sensus harum legum, quia textus *dicto. §. si prius.* remouet filium ad sciendum, vtrum secundum testamentum tollat primum, ne filius ipse sibi obstare videatur, sibi damnum faciendo: sed quare filio prosunt venientes ab intestato, in vno, ex exemplis suprà positis, cùm eorum nihil intersit, & idem in pia causa, & alijs exemplis. Responde ij vincunt positos in primo testamento filio remoto, filius vincit hos, ergo primos, & sic vtrosque, ex regula. si vinco vincentem te. ideo verò remouetur, ne sibi ipsi damnum faciat, & intrat regula vulgaris, *l. quod fauore. C. de legibus* quod notat ad eā quæ dicemus. *infra. eodem l. multis non note causa.* sed opponitur. *infra titulo primo l. filio præterito.* vbi ex non damno filij, non validatur testamentum: ibidem. dictus enim filius nihil ex hæreditate volebat, vt hic nihil habere potest, ergo deberet testamentum valere. Solut. considera vtilitatem filij. i. lucrum. scilicet si sit sibi vtile; quod valeat, quod est quando super viuit, nec sufficit non damnum filij, vt nullum non sit testamentum, non seruata forma, ideo etiam si filii nihil interesset, nullum est testamentum vt in hoc text. si verò eius intersit, vt non omni modo nullum sit, tunc vim habebit tollendi primum testamentum.

Sed iis obstare videtur tex. notab. quem suprà obiecimus, intellectui dato per *Honofr. & c. s. supra eod. l. 3. in §. finali.* vbi filius præteritus adhuc viuebat, sibique vtile erat, vt is gradus à quo ipse præteritus fuerat, non esset omnino nullus, vt sequens ab eo pendere posit, vt sublato primo gradu, corrueret etiam secundus, à quo exhæredatus fuerat; & tamen hæc filij vtilitas non efficit, quin nullus non sit gradus ille, ex filii sui præteritione, sic in casu. *dicto §. si prius.* licet vtile sit filio, valere secundum testamentum, quo præteritus est, vt 17 *De intel. l. 3. in §. fi. supra eo tit.*

tollatur primũ, quo exhæredatus est, nõ tamen hæc vtilitas hoc debet efficere sicut nõ efficit *in d. §. fin.* sed huic difficultati potest notãter respõdere, vltra dd. quòd non sit hæc bona argumẽtatio. minor enim vis sufficit testamento, vt possit tollere præcedens, quam primo gradui sufficiat, vt ab eo sequens gradus pendeat, non enim sicut impossibile est duo testamenta subsistere, impossibile est, vnum gradum sine alio subsistere, & quod non sit par ratio apparet, nam vt secundum testamentum tollat primũ, non impedit mors instituti, etiam si viuo testatore contingat: vt *inst. quib. mod. testa. infirmen. in §. 1:* notatur. *infra tit. 1. l. cum in secundo.* vt autem à primo gradu secundus pendeat, requiritur, vt primo gradu, instituti superuiuant testatori: vt *infra de bono. poss. contra tab. l. non putarit. §. à primo. & infra. de vent. in poss. mitten. l. 1. §. si venter.* ergo non est bona argumentatio, nullitas est talis, quæ pendentiam secundi gradus non sustineat. ergo talis est quę præcedens testamentum non subuertat, item non est bona consequentia, vtilitas filij confert validitatem testamento, ex eius præteritione, aliàs nullo, vt possit tolli præcedens validum testamentum, ergo & gradui, vt sequens gradus in filij vtilitatem dicatur ab illo pendere, quia vt gradus pendeat, requiritur validitas, magis successiua, quia requiritur vt superuiuat hæres, ad tollendum verò prius testamentum, sufficit, vt quocunque modo ab initio subsistat, vt d. ll. & per consequens ne nullitas inducta filij fauore, sibi obstare videatur: per supradicta sic ergo præteritio filij efficit, vt gradus nullus sit, nec possit ab eo sequens pendere, quamuis filio id vtile esset, non tamen ita nullum efficit, vt præcedẽs testamentum tollere non possit, si id filio vtile sit, quia magis admittitur, vt vno respectu validum, alio inualidum sit, circa diuersa testamẽta, quàm circa idem testamentum, licet gradus sint diuersi, & ita sunt conciliandæ, hæ tres leges text. noster *& l. si ex duobus. §. si prius de bono. poss. contra tab. & l. 3. §. fi. supra eod.* quòd a nostris, dd. non est animaduersum, sed licet hic intellectus subtilis sit valdè, & diu mihi placuerit, nũc tamen dubius mihi videtur, nec satis posse responderi ad *d. l. 3. in §. fi. super eod.* vbi filij interest, quòd ibi detur bonorum possessio contra tab. contra primum gradum, à quo fuit præteritus, vt rumpatur secundus, a quo fuit exhęredatus, est tamen cùm primus gradus fuerit filij præteritione nullus, incipit testamentum à secundo. & priuilegium filij, vt sit nullus ipso iure, primus gradus sibi nocet, & melioris cõditionis est in ea specie emancipatus, quam suus, sicut & in *d. §. si prius.* qui verò loquitur in emancipato: vt ex toto illo tit. apparet, quia prætor emancipatis, qui iure ciuili erant penitus destituti, prouidere statuit: neque obstat huic intellectui ea quæ diximus supra in 2. intellectu, quia respondere possumus ex his quæ diximus in præcedenti intellect. nec obstat, *l. si quis cum. in §. fi. infra de vulg. & pupil.* quia illa verba, vt sibi hæredem instituat, si viuo se filius decedat, sunt verba testatoris, non legis; & ita lex illa nihil obstabit, nisi dicas, quod vbi sunt duo testamenta faciliùs recedatur à primo, cùm ad hoc testatoris factum, seu voluntas concurrat, quod in duobus gradibus in eodem testamento cessat, & ita respondeamus ad *dictum. §. final. dicta. l. 3.* sed in hoc aliis iudicandum relinquo.

SVMMARIVM.

ex l. si à primo.

1 *Ex defectu accessorij, non potest rumpi principale.*
2 *Non reperitur ius dicendi nullum, contra omnes dd.*
3 *Intellectus. l. Lucius Titius. supra de petition. hæredita.*
4 *Error Fulgos.*

POMPONIVS Si à primo hærede instituto filium exhæredauero, à secundo autem substituto non exhæredauero: & dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit, secundum Iuliani sententiam qua vtimur, non erit secundus hęres, quasi ab initio inutiliter institutus, cùm ab eo filius exhæredatus non sit: quod si in posthumo filio idem acciderit, vt natus viuo patre, à quo exhæredatus sit, moriatur: eadem dicenda erunt de substituto: quoniam cùm est natus filius, loco eius est, qui superstes est.

Oppono, quòd posthumus non solum rumpit vnum gradum, sed vtrunque vt *in l. nam & si sub conditione in §. fi. & supra isto tit. in l. 3. in §. fi.* Sol. verum est vbi vnus gradus dependet ab alio, & est accessorius, nam rupto principali, qui semel valuit, rumpitur alius gradus, qui ei accedit, hîc verò contingit per contrarium, quia hic posthumus cùm fuerit exhæredatus à pri- 1
mo gradu, & præteritus à secundo, natiuitate non rumpit gradum principalem, sed accessorium, & ex accessorio non infertur ad principale, nam nec infirmare, neque confirmare principale potest, *vt infra de iure codicillo. in l. quod per manus. licet Aretin. & dd. in dicta l. 3. in §. fi.* negantes substitutionem esse accessoriam, reprobent istam rationem, sed apertè errant, vt ibi defendendo glos. latiùs scripsimus in numero 5.

Secundo oppo. morte posthumi testamentum id quo præteritus erat, confirmatur, vt in *l. posthumus infra tit. prox. de iniust. rupt.* Sol. verum est, si posthumus viuo testatore decedat, vt ibi, secus, si eo mortuo, vt hic, & ita illud verbum, viuo patre,] quod ponitur in text. nostro non refertur ad verbum Moriatur; sed ad verbum natus, vt natus fuerit viuo patre, mortuus verò non viuo patre, secundum glo. & dd. vel secundum *Raphaelem Cuma.* hic respexit ius ciuile in contrario ius prætorium, sed non placet quoad istam ideo melior est præcedens solutio, ne videatur *Pomponius* iuris prętorij non habuisse

buisse rationem: hic cętera vide per *Io. de Imol. & Paul. de Castro*, qui benè exponunt tex. istum.

Vnum tantum examinabimus, quod in hac leg. tract. Iass. an hic probetur, Bald. opinio, qui tenet, quòd ius dicendi nullum transmittatur ad hæredes: quod *Bald. in pluribus locis* asseruit, vt transmittatur, tam beneficio suitatis, quàm ex remedio, *l. vni. C. de his, qui antè apertas tab.* & durare triginta annis. dd. volunt, quia iuris ciuilis remedium sit, quæ remedia triginta annis durant, *vt de perpetu. & temporali. actio. institut.* Sed certè dd. in hoc apertissimè errant, confingentes hoc remedium, nam ius dicendi nullum lege inductum non reperitur, non magis quàm ius dicendi contractum nullum, quando inualidus est, vel à minore, vel de prædiis minoris, sine decreto gestis, vel à maiore dolo inducto: sicut neque reperitur actio seu ius dicendi testamentum nullum, quòd septem testes adhibiti non fint ex *l. si vnus C. de testament.* nam si ius dicendi nullum veluti actio consideraretur, mortuo filio prætento in vita prætereuntis patris, cessaret hoc remedium, & testamentum effectum obtineret, quia vbicunque definit interesse, definit actio competere: vt in *l. si seruus furtiuus supra de condictione furtiu. & in l. si ex conuentione. C. de pact.* sed filio mortuo viuo parente nihil interest eius, cùm neque ab intestato hæres futurus est, vt in *l. 1. in §. si impuberi. de Colla. bono.* Si ergo nullum ius sibi competere in hæreditate, cessat & ius dicendi nullum, & ita inualiditas testamenti cessabit, sed hoc falsum est, quia nihilominus testamentum nullum est, vt in *l. præcedenti & infra eadem l. si posthumus.* non ergo ius dicendi nullum, est actio, cùm non conueniat cum natura aliarum actionum, nec potest dici, quod licet filius petere non possit, possunt tamen venientes ab intestato, quorum interest, vt externus hæres institutus excludatur, resque ad intestati causam deferatur, quia cùm de iure tertij allegent, excludi non debent: vt *l. vti frui. si vsufruct. pet.* maximè deducendo ius filij præteriti, quod nullum est, eo in vita parentis defuncto, sicut ergo ius adeundi remedium, vel actio non est, cum aliarum actionum regulis non censeatur, quia cum aliquid ipso iure à lege inducitur, non est opus actione, vt id petatur: vt in *l. 1. in fi. C. si manci. ita fuerit aliena. vt manumittat.* ita neque ius dicendi nullum est necessarium. Præterea nulla lege hæc actio inducta est, quomodo ergo nos actiones inducemus, vel dd. inducere potuerunt, hoc enim ius ciuile, vel honorarium inducere potest, *vt l. ius autem ciuile. supra de iust. & iure, & iunct. l. 2. §. deinde cùm essent. de origi. iur.* ex legibus enim (vt apparet) ibi dantur actiones, sed nulla lex est quæ actionem dicendi testamentum nullum inducat, ergo non est actio iuris dicendi testamentum nullum, non magis quàm ius dicendi contractum nullum in his speciebus, in quibus contractus per legem nullus redditur, denique ab intestato filius præteritus sine aliquo iure dicendi contra testamentum veniet: vt probatur. *infra eod. in l. fi.* quo iure igitur filius præteritus, vel hæredes ab intestato agent? quoue iure vel remedio vtentur? Respondeo, hæreditate ab intestato adita: si possessionem nansiscantur, & hæres ex testamento eos conueniat, excipient, si non in ea causa sint tabulæ testamenti, vt præteritione filij nullæ sint, arg. *l. 2. infra de exceptio. rei iudi.* & ex pluribus legibus illius tituli colligitur hic modus excipiendi: scilicet obtineres, si non &c. vt *ibidem & in l. si à te. in fi. & in l. si mater in §. idem Iulianus.* ibi obstaret exceptio.] & fac. *infra de dol. exceptio. l. apud Celsum in §. item quæritur. vers. extat Neruæ & Atilliani sententia. & in vers. Labeo. 2. & in §. fi. eiusdem legis,* & fac. text. *in l. si post litem. & in l. filius famil. & in l. funde. & in l. fundum infra de exceptio. & in l. sed & si lege. in §. item si rem. supra de petitio. hereditat. & in l. qui pendentem. supra de action. empt. & vendi. & in l. qui eum heredem. infra. de actio. & obligat.* optimus text. in *l. itaque. supra de procurato.* quod si non possideat filius, vel ab intestato hæres eo deficiente, sed vel institutus in testamento nullo, vel alij, aget vel ipse si sit, vel si non sit, venientes ab intestato, vel ex interdicto quorum bono, vel petitione hæreditatis, nam hic institutus petitione hęreditatis conueniri potest, quia cùm titulus suus, id est testamentum filij præteritione, sit nullus, pro possessore possidere videtur: text. est in *l. nec vllam. in §. 1. supra de petitio. heredi.* vbi *Vlpianus* inquit, Omnibus etiam titulus hic pro possessore hæret, & quasi iniunctus est. Denique & pro emptore titulo hæret, nam si à furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quæritur, an quis pro possessore possideat: vt puta vxor vel maritus, & placet nobis Iuliani sententia, pro possessore possidere eum: & ideo petitione hæreditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore, possessionem: vt puta si à minore duodecim nupta mihi quasi dotem sciens accepi, & si legatum mihi solutum est, ex falsa causa scienti, vtique pro possessore possidebo.] Quod si de testamento opponat, replicabit hæres ab intestato, si non in ea causa &c. vt sup. dictum est, vel si pro hærede se possidere dicat hic titulus petitionem hęreditatis non excludit, vt in *l. pro herede. s. vul. & l. regulariter. & C. eod. tit. in l. cogi. & in l. hereditatis petitionem. & supra de iureiurand. l. iusiurandum. quod ex conuentione. in §. pupillus.* vt in terminis nostris est text. in *l. sed & si lege in §. si ex eod. tit.* qui loquitur de eo, qui ex testamento inualido possidet, denique nullitatem testamenti excipiendo, vel replicando, deducet, non ius dicendi nullum, quòd actio non est nec ius, nam vbi actus est nullus,

nullus, exceptio vel replicatio intentionis, vel facti, potius quam actio nullitatis datur: vt per *tot. tit. infra quae re actio non det.*

Neque obstat text. singularis qui videtur probare ius dicendi nullum, actionem esse in *l. Lucius Titius. supra de petitio. hered.* vbi *Modestinus* inquit, Lucius Titius cùm in falsi testamenti propinqui accusatione non obtinuerit, quaero, an de non iure facto, neque signato testamento querela illi competere possit. respondi, nō ideo repelli ab intentione non iure facti testamenti, quod in accusatione falsi non obtinuerit,] Ecce text. singul. licet. dd. eum non allegent quod datur querela, & sic actio, non iure facti testamenti, & ita videtur text. expressus contra opinionem nostram, sed ille text. debet intelligi necessariò vt loquatur de replicatione, quae agenti petitione haereditatis, vt ex titul. apparet, competit, si de re iudicata ab haerede scripto, super petitione haereditatis, contra haeredem ab intestato ex causa falsi opponatur, & hoc manifestè apparet, quia text. loquitur de testamento nullo ob defectum solennitatis, contra quod nullus vnquàm dixit, quòd detur actio, quae ius dicendi nullum appelletur, sed. dd. loquuntur in iure dicendi nullum, propter filij sui praeteritionem: & ita reperio quod *Raphael Fulgosius in d. l. Lucius.* optimè dicit, nota quod tex. hic appellat accusa-
„ tionem falsi, quam intelligo ciuilem esse quae-
„ stionem: scilicet haereditatis petitionis ab inte-
„ stato causa falsi testamenti], haec Fulgos. quòd concordat cum nostra interpretatione in secunda text. parte: text. qui loquitur de querela, non iure facti testamenti, cum minus dura sit interpretatio, quàm illa de accusatione falsi, vt de exceptione, vel replicatione falsi ciuilis intelligatur, quae verissima est interpretatio, ex titul. sub qua dicta l. continetur, apparet, sed licet *Raphael Fulgo.* optimè in dicta interpretatione loquatur, errat tamen apertissimè in eo, quod posteà subiungit, posse vtrumque quaestionem falsi, s. & iniusti testamenti, principaliter induci per officium iudicis, petendo declarari testamentum falsum, aut iniustum, quia si intelligit de iniusto per querelam, in officios. testamenti filio exhaeredato iniustè, non est opus officio iudicis, cùm detur querela, quae actio est: vt *in l. quemadmodum supra de inoffic. testa.* licet accusatio appelletur aliquando in *l. posthumus. in §. si quis instituta. eod. tit. & in l. si instituta & in l. si suspecta. in §. quamuis.* si verò vult, quòd per officium iudicis nullum testamentum dicatur, vel quod filius sit praeteritus, vel quòd non habeat ea solennia quae debeant interuenire & verum id esse non potest, quia cùm habeat actionem ordinariam petitionis haereditatis: vt dictum est, officium iudicis cessat: vt est text. in *l. in causa cognitione. 2. in princip. de minori. supra* vbi hoc est expressum: in causae cognitione (inquit *Vlpianus*) etiam hoc versabitur, nam fortè alia actio possit competere, citra in integrum restitutionem, nam si communi auxilio, & mero iure munitus sit, non debet ei tribui extra ordinarium auxilium, vt puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est, item relatum est apud Labeonem: si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, nullam esse societatem, ne que inter maiores quidem, & ideo cessare partes praetoris:] quoad querelam verò falsi, cum actio, & accusatio falsi prodita sit, non est vt officium suum iudex interponere debeat, nisi mercenarium, actioni ipsi deseruiens, non verò principaliter, & ita in his *Raphaël Fulgos.* maximè errat, tàm in *d. l. Lucius.* quàm *in l. qui de in officioso. col. fi. in nume. 7. de in officios. testa.* vbi dicit, si testamentum in veritate est nullum: duae viae competunt: vna, vt petat haereditatem, & de nullitate quaeratur incidenter. sed si placet filio potest principaliter de nullitate disputare,] haec *Fulgos.* qui in hoc vltimo errat, existimans ius dicendi nullum, esse actionem, vel officium iudicis vt infrà loquens de querela, in qua vt dictum est etiam errat.

Error Fulg.

4

Concludamus igitur non dari actionem, vel remedium, quod ius dicendi nullum appelletur, ideo superfluum esset quaerere quo tempore tollatur vel praescribatur, vt *l. decem. infra. de verbo obliga.* sed solum quaerere debemus, ius adeundi, vel petitio haereditatis, quo tempore praescribatur filio praeterito, vt *l. licet. C. de iure de lib. & l. haereditatis petitionem. C. de petitio. hered.* & ita filio praeterito, non est remedium iuris ciuilis inductum, quod bonorum possessioni contra tab. remedio à praetore inuento respondeat: sicut neque bonorum possessioni secundum tab. est aliquod remedium, quod detur scripto de iure ciuili, sed adire haereditatem, quod magis est facultatis quàm actionis, potest, non tamen datur ad hoc remedium iudiciale, & ita in praeterito sola voluntate non approbandi testamentum expeditur: vt in *l. filio praeterito. infra titulo proximo.* praetor autem illa remedia iudiciaria inuenit, quia ipse intulit vt ius ciuile, ipso iure inducere potest, vt *§. quos autem. insti. de bon. possessio.* ius autem ciuile nullum ipso iure testamentum reddit, ideo non est opus ad id, aliqua actione, ineptum ergo est quaerere an ius dicendi nullum praescribatur, vel transmittatur, cùm potiùs de haereditate, & eius petitione quaerendum sit, quod vt ego existimo adeò verum est, & manifestum vt mirer, dd. nulla lege, vel ratione ex capite suo hoc ius, vel actionem induxisse: item si esset ius dicendi nullum, & praescriberetur, ergo testamentum nullum ex tempore vires acciperet, contra *l. obligationum fera. in §. placet. infra de actio. & oblig.* & in confirmationem nostrae opinionis fac. quae in alia materia subsensit *Angel. in l. 1. C. de success. edi. & Corne. in rub. eod. tit. numero 12. in vers. tu* potest

potest dicere, & Angel. de Periglis melius *in repe. l. in suis. numer. 103. infra eod.* dicit, quod licet in iure dicendi nullum non detur successorium edictum, tamen nepos filii præteriti, tanquàm succedens ab intestato, poterit agere petitione hęreditatis, & si opponatur de testamento, replicabit nepos de nullitate, ecce, quod vbi inutile esset ius dicendi nullum, potest agi petitione hæreditatis, & ita remedium illud nec à iure est inuentum, & esset ferè inutile, & vide de quæ ponit *Bar. in l. si expressim. infra de appella. num. 12.* quæ longam discussionem requirerent, sed quia materia est valdè extranea, ommittendum duxi. vltimo, hic text. induci solet quòd valet exhæredatio facta à persona: vide omnino quæ diximus. *supra eod. l. 3. in §. filius inter medias.*

SVMMARIVM.

Ex l. si quis posthumos.

1 *Inspicitur potius natura, quàm accidens.*
2 *Oblationes ad quem pertineant, duobus festis concurrentibus*
3 *Error doctorum in hac re.*
4 *Institutio posthumi, an trahatur ad ciuiles posthumos.*
5 *Intellectus l. hæredibus. §. Titius infra ad Trebellia.*
6 *Possibile in genere quando consideretur.*

PAVLVS. Si quis posthumos, quos per ætatē ac valetudinem, habere fortè non potest, hæredes instituit: superius testamentum rumpitur, quod natura magis in homine generandi, & consuetudo spectanda est, quàm temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo à generandi facultate, sed si ex ea, quæ alij nupta sit, posthumum quis hæredem instituerit ipso iure non valet, quòd turpis sit institutio.

1 Ex isto tex. notāt. dd. quòd potius inspicitur natura, quā accidens, sic, *supra de titul. l. qui habet. quæ est. l. 3.* & fac. *l. fi. C. de his qui veni. ætat.* & nota, quòd hic accidens est contrarium naturæ, at, in *d. l. qui habet*, pot est vtrunque cócurrere, & adde quòd præualet hic natura. s. generaliter sumpta, accidenti, in hac vel illa specie non considerata, quia ad ea, quę frequenter accidunt, iura adaptantur, *vt in l. nam ad ea. de legib. supra.* & ita quæ repugnant naturæ generaliter, repugnant & legi, vt *in §. minorem. de adoptioni.* non autem quæ repugnant in aliqua specie: vt latiùs deduximus lib. 2. selecta, interpretatio. in c. 1. in princ. vbi omnino videatur.

2 Ex regula superius posita, quòd potiùs inspiciatur natura quam accidens inferunt *dd. Bar. & alij in l. fi. de offici. pro consul. quos hic refert Alex. & Iass. ad quæstionem.* finge, quòd ex consuetudine, vel ecclesiæ institutione, ea quę offeruntur in die beatæ Mariæ, pertineant ad Archidiaconum, quæ verò diebus dominicis ad Rectorem. si dies Beatę Mariæ incidat in die dominica, oblata pertinebunt ad Rectorem, excluso Archidiacono, cum natura inspici debeat: non accidens, & accidentaliter Beatæ Mariæ festum celebretur in die dominica, non ex natura sua, sed contrà videtur, quòd in specie proposita Archidiaconus præferatur, quia specialius est ius suum, habet enim vnum diem totius anni: & ita pro eo facit regula iuris. l. in toto iure. *infra de regu. iur. & infra de dot. præ legat. l. cur vulgari & in l. vxorem in §. codicillis. & in l. seruis vrbanis infra de leg. 3.* item pro alia parte quòd debeat inter Rectorem, & Archidiaconum diuidi prædictæ oblationes, videtur expressum *infra de vsufruct. lega. l. si alij fundum.* nam concurrere videtur pars cum toto, & ita tenent. *Bal. Albert. Guill. Decii. & Fulgos.* quos hic refert *Iass.* licet non per d. l. legē, & ita potest colligere duas opiniones.

Altera est vt pertineant oblationes ad Rectorem.

Secunda vt diuidantur inter eum & Archidiaconum.

Tertia est vt si ex quantitate eleemosinæ possit colligi, quòd fuerit facta intuitu festi B. Mariæ, debeatur Archidiacono, *Socin. & Imol.* quos hic refert Alex.

Quarta vt præferatur indistinctè Archidiaconus, quia habet ius specialius, quę opinio videtur probari contra dd per rationem ipsorum quam pro contraria parte adducunt, nam quòd festum B. Mariæ virginis constituto die, certoq; aniuersario celebretur, est naturale: quod verò sit dies dominicus ea die accidens est, quid enim interest oblationes diei natiuitatis Virginis matris debeantur Archidiacono vel octaui diei Septembris *supra eod in l. 2.* hic autem octauus dies non variatur, neque mutabilis est, sed naturalis, ergo præferri debet in eo Archidiaconus Rectori, ideo vt doctorum opinio vera sit, debet proponi species, in festo variabili vt pote pentecostes, vel resurrectionis, vel corporis Christi, non autem in festo certa die constituto.

Sed licet hæc subtilia sint & à doctoribus nostris non considerata, alia tamen via, quæstio hæc decidenda foret, non ex regula istius text. ideo dicendum est quòd Archidiaconus, vel Rector, alteri pręferatur, prout officium vel virginis, vel Dominicæ pręfertur, si enim Missę officium Beatę virginis. D. N. sit, Archidiaconus præferretur, si verò dominicæ, quia fortè officiū virginis transfertur in diem sequentem, oblationes ad Rectorem pertinebunt, nam cum concurrant hæc festa vno die, hæc dies hermaphrodito non absimilis erit, duplicem habens festiuitatem, vel sexum. præfertur autem illa, in qua magis pręualet, vt *supra de stat. homi. in l. quæritur hermaphroditum. & supra isto tit. in l. sed est quæsitum.* potentior autem illa dicetur, & principalior festiuitas, quæ aliam minuit, seu potius excludit, & ob quam alia cessat, vt in *c. presbyter præsente. 95. distinct.* fac. tex. *in l. meminisse. in princ. supra de offic. procons. & lega.* fac in argument. *l. nam & magistra-* 3 *Opinio singularis.*

Sol. hoc fieri non potest, nisi casum, aduersámque fortunam expectemus, at illud potest voluntate patris, & iusta & legitima cōuentione.

Item oppo. de tex. in *l. filius à patre. in §. fi. infra eodem.* Solu. in illo tex. duo casus sunt cōsiderandi, alter est de eo, qui instituit posthumum suum nasciturum ex Seia, cum qua matrimonium contrahi non poterat, propter defectum ætatis, & iste casus non obstat, quia certum est hunc defectum natura ipsa auferendum fore, nisi casum aduersámque fortunam speremus, alter casus est in *versic. & generaliter.* in quo posset comprehendi species *istius vers. sed si ex ea*, quæ alij nupta sit, & tunc videtur text. fortis, inquit enim, & generaliter nato post testamentum hærede scripto, aditus est ad hæreditatem, in qualicunque statu testamēti faciendi tempore fuit, quæ postea testatori ciuiliter nupta est. Ecce quòd si hic succedat hic casus in isto versi. Sed si ex ea quæ, quem testator expressit, succedet ei posthumus, ergo is casus non est vt turpis reiiciendus, cum sine turpitudine contingere posit, sed respondeo, quòd verum est successurū fore talem posthumum, sed ab initio institutio inutilis est, nisi casus ille legitimè eueniat, qui sperari non potuit legitimè, si tamen omnino legitimè eueniat, non est reijciendus posthumus ille, cùm legitimus sit, licet legitimè sperari non potuit, non enim adeò potest legis præsumptio, vt euidentiam rei contrariam superuenientem excludere posit, vt in *l. si is cum quo. infra de conf. & in l. inde Neratius*, in §. *fi. cum. l. sequenti supra ad l. Aquil.* & fac. *infra de quæstioni. l. 1. in fine.*

Sed opponitur, quòd si à principio non valuit institutio, ergo regula Catoniana efficier, vt nunquam valere ex futuro euentu possit, item, tria tempora sunt inspicienda, tempus testamenti, & mortis, & aditionis, vel duo saltim tempora in suis: vt *in l. in suis. & legi. haredib. & in l. si alienum in §. in extraneis. infra de hæredib. instituend.* Sol. neque hæc regula neque Catoniana ad conditionales institutiones pertinet: vt in *l. penul. infra de reg. Catonia. & in l. in tempus. infra de hæred. instit.* & est commn. opin. secundum *Iaf. l. si is qui hæres infra de vulg. & pupil.* & vid. *Soc. in l. 1. in tertia col. eodem titulo Lancelo. Polit. in tract. substi. in materia pupil. 7. quæst. numero.* 24. Sed posthumi institutio semper conditionalis est, vt supra diximus, omnium enim quæ in rerum natura non sunt dispositio, conditionem vi ipsa continet, vt in *dicto l. 1. infra de condi. & demonstrationi.* & ita respondet ad text. *in l. si stipuler. in §. item quod leges, infra de verbo. obligatio.* quæ videtur secunda.

Quærit *Bart.* si mulier sterilis contrahat matrimonium, vtrum habeat priuilegia in dote: & Bar. distinguit, an sit naturaliter sterilis, an ex accidenti, sed dd. indistinctè tenent sibi competere dotis priuilegia, vt tenuit *idem Bart. in l. 1. in num. 29. Sol* matri. & est expressum *in l. 2. in §. fi cum. l. sequent. infra de priuil. credi.* & est commu. opi. secundum *Rip. in d. l. 1. num. 124.*

SVMMARIVM, ex §, Si filium.

1 *Querela quando transmittetur.*
2 *De successorio edicto, in querela in officiosi testamenti.*
3 *De successorio edicto, in contra tabulas bonorum possessione.*
4 *De statuto excludente fœminas qualiter debet interpretari.*
5 *Facultas legitimandi, quomodo debeat interpretari.*
6 *Litera florentina istius text. est falsa.*

SI filium exhæredauero, nepotemque ex eo præteriero, & alium hæredem instituero, & super vixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hæreditatem decesserit, non tamen nepotem rupturū testamentum, Iulianus & Pomponius & Marcellus aiunt, diuersumque est, si in hostium potestatem filius sit, & decesserit in eodem statu: rumpit enim his casibus nepos testamentum, quòd si moriente auo, filius repudiauerit, non abscissum est: vt superiore casu fuerit, sed & si hæres institutus omiserit hæreditatem, erit legitimus hæres, quoniam hæc verba, si in testato moritur, ad id tempus referuntur, quod testamentum destituitur, non quo moritur.] Opp. videtur, quòd in prima parte text. nepos rumpat testamentum, quia morte patris agnascitur auo, ideo si prætetitus sit, rumpit testamentum, vt in *l. posthumorum infra tit. sequent.* Sol. secundum *glo. & Bar.* id verum esse, si filius moreretur in vita patris, qui tūc nepos agnascitur auo, sed si prius auus moriatur, cùm tempore mortis præcedat filius, non potest nepos agnasci auo, vt hic *& insti. de hæred. qua ab intesta. deferunt. & ita demum.* nam cum testamentum aui eius morte cōfirmetur, id quod postea superuenit non attenditur.

Sed opponitur, quod imo idem sit, si pater moriatur post mortem testatoris vt nepos rūpat, vt *infra in verf. diuersum.* Solu. licet decessetit verè post mortem testatoris filius, fictione tamen legis Corneliæ videtur in vita decessisse, ideo nepos primum locum in vita aui tenuisse videtur, ideo rumpit testamentum præteritus, cum lex Cornelia trahat mortis tempus, ad tempus captiuitatis, at cùm hic nulla sit fictio. in principio istius tex. & nō tenuerit nepos primum locum in vita testantis, neque institui debuit, neque exhęredari, ideo valet eo pręteritoi testamentū, vt hic & *infra vnde liber. l. scripto & infra de bono. poss. contra tab. l. illud in §. Si quis filium*

Sed oppono, quòd nepos rumpere posset etiam si à patre præcedatur, vt in *l. si quis filiu in C. de inofficiof. testa.* Sol. secundum glo. ex persona sua rumpere non potest, sed ex persona patris

tis ex hæredati, potest querelam inofficiosi intendere ex transmissione, in qua de meritis filij exhæredati, non nepotis præteriti agetur: vt in *ead. l. & istam* Solut. Batt. & dd probant: sed si bene consideretur hęc oppositio non facit contra istum tex. quia agitur de ruptione testamenti ratione prætentionis, non autem agitur de querela inofficiosi testamenti, sed de ea agendo verum est, quòd non transmittitur non pręparata, neque præparari hic potuit, hæreditate nondum adita, sed in ista specie transmittitur hodie per. *d. l. si quis filium*, quæ fuit necessaria, nam ante illam legem, secundum *Raphaelem* Cum non dabatur in querela successorium edictum, nisi postquam competere cœpisset, & ita post hæreditatem aditam, nisi enim delatum id ius sit, non datur successio vt in *l. 2. infra de bon. liberto*: quod etiam tenet *Fulgos. in l. pater filium. col. 5. supra de inofficio. testa.* & videtur probari in *l. scripto infra vnde liber.* vbi excluditur nepos, instituto adeunte filio exhæredato mortuo, ante hęreditatem aditam, quia quærela inofficiosi testamenti nondum competierit ante hæreditatis aditionem: vt *infra de bono poss contra tab. in l. filium in §. cum exhæredato.* transmitti non potuit neque in ea successorium edictum locum habet, ideo necessaria fuit noua dispositio *dicta l. si quis filium.* licet posset dici, quòd *dicta. l. scripto.* potius loquatur de iure suitatis, quàm de quærela inofficiosi testamenti, licet si quærela competeret ex successorio edicto nepoti, & rumperetur per eam testamentum, nepos suus hæres auo efficeretur, cum tempore destituti testamenti, seu rupti, nullus eum præcedat, vt in *fi. huius §. & infra tit. 1. in l. si quis filio exhæredato.* quia in successione ab intestato facto testamento, solum tempus inspicitur, quo rumpitur, vel destituitur testamentum, & hæc quoad transmissionem querelæ vera sunt.

Sed quod attinet ad successorium edictum. in querela, mihi videtur difficile valdè, vt in
2 querela inofficiosi testam. possit filio exhæredato. successorio edicto locus esse: nam quod aliqui, volunt, vt in querela sit locus successorio edicto, non autem in bono. possessione contra tab. vt voluerunt *Bal. & Fulgos.* quos refert, & sequitur *Emanuel de Acost. in repetitio. l. Gallus, §. & quod si tamen num. 201 pag. 140 cum sequent.* verum esse non potest, communis autem opinio, quæ tenet, vt tam in quęrela quàm in bonorum possessio. contra tab. locus sit successorio edicto, vt ibidem refert *Acosta* (vt dixi) durissima videtur, vt in querela detur successorium edictum, in contra tab. aut contra Acostam, non inconuenit locum successorio edicto fore, quod ad querelam aiunt multa obstare videntur, & miror *Paulum iurisconsultum quia in, ista lege ex Iul. Pomp. & Marcello* asserit, filio exhæredato nepoti ius aliquod non competere, velit, in *l. si is qui de inoffi. test. supra* fore successioni locum, nam cùm testator obligationem legis impleuerit, instituendo vel exhæredando eum, quia primam causam successionis obtinet, quod ei imputandum est, si alios non instituit, & ita eleganter *Vlpianus in l. 1. in §. si pater. infra de coniungendis cum emancip. lib.* eius inquit, Si pater in potestate manens exhæredatus, vel institutus sit, nepotem ex eo siue in potestate manentem, siue etiam emancipatum, ad bona aui, neque vocari, neque vocandum esse, Scæuola ait. Denique æquissima est constitut. *dicta l. si quis filium.* vt querela transmittatur, etiam non pręparata, & quæ præparari non potuit, vt nepos sui patris sibi transmissum deducere possit, paternam iniuriam prosequens, sed quòd in querela detur successorium edictum, verum esse, ex regulis iuris non potest, nam in successorio edicto venit quis, ex iure proprio remoto eo, qui eum pręecedebat, at, ex hæredatio, & querela personæ hærent, vt in *l. Papinianus infra de inofficios. testam. in princ. & in l. filius.* & in ea succedere non potest alius, quia iure suo nullum ius potest competere eo, qui eum præcessit iure instituto, vel exhæredato, quod etiam allegauit nepos, patre suo exhæredato, per rem iudicatam excluso, vel ex proprio consensu ex persona patris: ex persona vero sua quod deduceret ille, qui neque institui, neque exhæredari debuit, qui neque vocatur ad bona, neque vocandus fuit. In prætentione aiunt, & ita in bono. possessione contra tab. cum de iure testamenti agatur, quod solenne 3
non videtur præterito filio, ius omnibus commune est, vt testamento quodammodo nullo omnibus ab intestato successoribus ius deferatur, ad quod facit in argumentum id, quod diximus *supra in l. præcedenti, quæ incipit si à primo*, & ita rationes Acostæ potius cōtra ipsum faciunt, neque obstat. *l. illud. in §. 1. de bono poss contra tab.* quem *Acosta alleg.* vt in bon. poss. contra tab. non sit locus successorio edicto, quia apertè errat, nam ibi non competebat bon. possessio. contra tab. filio, vt nepoti successorium edictum in ea prodesse possit. inquit enim text. Si quis filiū quem in potestate habuit, instituerit hæredem, vel exhæredauerit, & ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est, quia non est suus hęres futurus; eadem sunt in sequentibus gradibus.] Ecce quam euidenter errat *Acosta* quia ibi filius institutus fuit, vel exhæredatus, ideo nunquam potuit ei bon. possess. contra tab. competere, quæ solum præteritis datur: vt in *l. non putauit. in prin. infra de bon. possess. contra tab.* ideo successorium edictum in bon. possessione contra tab. quæ nunquam competiit, considerati non potuit, vbi enim ortum est ius bono. possessionibus contra tab. successoribus æquissimum, vt id ius conseruetur: vt in *l. sed & si decesserint. eod. titul.* & est expressum, in *doctorum l. 2. infra de bonorum liberto.* vbi datur in contra tabulas successorium edictum, nec differentia, quam ponit *Acosta* inter bonorum possessionem contra tab. quæ patrono, & inter eam quæ liberis datur, est vera, & ita in bono-

Contra Costam.

Intellect. l. 2. infra de bon. liberto.

in bonorum possessione contra tab. rario exigit, vt successorio edicto locus sit, cum omnibus successoribus ab intestato ius competat, si testamenti solemnia, in quibus institutio, vel exhæredatio habentis primum locum conuinciatur, vt *in l. inter cætera infra isto tit.* non obseruentur, at in querela, quomodo successorium edictum cadere possit, ego non video, cum ius querelæ inofficiosi testamenti, non sit ambulatorium, vt ad sensum patet. personæ enim cohæret, ideo nisi ex transmissione per. *d. l. si quis filium.* cum persona exhæredati extinguitur: quomodo enim ex persona sua querela experietur, qui exhæredatus non est? & qui neque institui debuit, vt hic & in *d. l. 1. in. §. si pater. de coniungend. cum emancip. liber. eius.* nam si successorium edictum daretur in querela, non ageretur de meritis filij exhæredati: vt in *d. l. si is qui. & in d. l. pater filium. supra. de inofficios. testa.* nam filio approbante patris testamentum, vel filio condemnato, in querela, quomodo nepos de patris sui meritis contra rem iudicatam cum iusto, & solo legitimo contradictore lata experiretur? de meritis suis nepos quid adducere potest, qui neque institui, neque exhæredari per legem debuit. nam quòd dicitur in. *l. 3. in. §. si emancipatus filius. infra. de bono. possess. contra tab.* vt in iure nepotis cognoscatur de meritis filij eius patris, tũc locum habent, quando merita, vel demerita patris influunt in filium, vt in ea specie, quando pater indignam vxorem, vel ignominiosam duxit, quod ad propositam nostram quæstionem non pertinet, cum text. ille loquatur in nepote, qui tempore mortis testatoris, aui primum locum obtinebat, denique iure adeo difficili, & dubia in ea sunt opinione: vt existimem Paulum iurisconsultum hîc referre opi. Iuliani, Põponij. & Marcelli tenentium in querela inofficiosi, non esse locum successorio edicto, idemque *Sceuolam* probare, & *Vlpianum in dicta. l. 1. in. § si pater. de coniungend. cum emancipat. liber. eius.* at verò, *Paulum iurisconsultum* suam contrariam sententiam posuisse, *in. d. l. si is qui. supra. de inofficios. testa.* cui astipulatur *Papinia. in l. pater filium. eod. ti.* & ita sunt opiniones contrariæ iurisconsultorum, non enim frustra *Vlpianus. Sceuola* sententiam adducit, & hîc Iuliani, Pomponij, & Marcelli sententiam referretur iure, quæ non esset controuersa, neque ita anxiè Imperator *in dicta. l. si quis filium* prouideret, si in querela inofficios. esset successioni locus, nam quòd *Soci. Cu-* Contra vtrũq; de Ra. pha. & Soci. *ma & Fulgos. supra allegatis* distinguantur, ante illam l. esset ne præparata querela, vel potuerit præparari, vt esset successioni locus, aut non potuerit præparari, quia hæreditas non esset adita, & tunc secus, placere non potest, nam si victo filio exhæredato, & ita querela prorsus extincta per rem iudicatam, vel consensum filij, secundum Pauli. & Papi. opinionem. in *d. l. si is qui, & in d. l. pater filium.* est locus successorio edicto, quare non erit nondum præparata querela? præterea id procedit quantum ad transmissionem, sed quantum ad successorium edictum, in quo quis venit ex persona propria, quid interest antecessor meus præparauerit querelam, vel non, cum non de iure, vel meritis ipsius, sed de iure meo agatur? & hoc apparet, quia tex. expressus *in. d. l. si is qui.* loquitur de filio exhæredato, qui noluit, aut non potuit accusare, & successorio edicto locum esse declarat, illud autem non posse, non potest ex alia causa intelligi, quam quòd obierit ante aditam hæreditatem, & ita iste tex. *& §. si pater.* sint tex. clari. quod nepos patris exhæredati, non possit venire per successorium edictum, alioquin malè *Vlpianus & Sceuola* assererent, ad bona aui nepotem ex filio exhæredato, nec vocari, nec vocãdũ esse, nã fal- Cõtra Bar.
sum esset si ex successorio edicto testamentum rumpere possit, & quod *Bar. in l. pater filium. 2. sol. supra. de inofficios. testa.* nepotem præteritum exhæredato filio ex persona sua venire ex edicto successorio, quia præteritio eius pro exhæredatione habeatur, falsum est, quia cum præcedatur à patre neque institui debuit, neque ad bona aui per legem vocatur, ideo superfluum esset, eum tacitè vel expressè exhæredari, cum ad bona nullum ius habere possit, iniquitas autem quam *Ioa. de Imol. hic col. pen.* notat, quod iniustũ est excludi nepotem, extraneúmque institutũ admitti, non obstat, quia si leges ad bona aui in hac specie non admittunt nepotem, non possumus nos istam fingere æquitatem, quia vt inquit glo. hîc neque ex lege 12. tabularum, neque ex lege Velleia nepos hic rumpere potest testamentum.

Neque placet interpretatio doctorum vltra montanorum, quos vocant. qui respondent ad *l. si is qui.* quod ibi querela summatur pro contra tabulas vt nepos præteritus veniat per bon. poss. contra tab. quia secundum opin. quam posui, nepos omnino excluditur à bonis, exhæredato eius patre, nisi per transmissionem, cum extraneus omnino habeatur, cum ab alio instituto, vel exhæredato præcedatur, neque obstat tex. *in. l. 1. in. §. si pater emancipatus. infra. de coniungend. cum emanci lib. eius*, vbi exhæredatus filius pro mortuo habetur, ideo non obstat nepoti, quia tex. ille loquitur de nepotibus in potestate retentis, quibus non obstat, pater emancipatus exhæredatus, quia neque institutus eis obstabat, vt in eod. tex. probatur, & ita exhæredatus pro mortuo est, vt non faciat partem cum his, qui sibi instituto coniunguntur, non autem his est mortuus, quibus obstaret institutus, & ita cessant omnia quæ hîc ponunt recentiores, lat. *Ias. nu. 15. cum multis sequent.*

Vt igitur tota materia breuiter resoluatur, oppone sic, dicitur hîc, nepotem filij exhæredati preteritum non rumpere testamentum, etiam si pater eius ante aditam hæreditatem decesserit: secundum *Iulianum, Pomponium, & Marcellum*, quia secundum *Vlpia. in. l. si quis filio exhæredato. in princ. infra. tit. exhæredari non debuit*, cùm eum pater præcedebat, & secundum *eundem, & Sceuo-*

lani in.d.l in §.si pater. ad bona aui neque vocari, neque vocandus erat, nam solus is posthumus querelam instituere potest, contra testamenta eorum quibus suus hæres, vel legitimus, si in vtero sit mortis eorum tempore fuerit vt, *in.l. posthumus in prin.supra de inoff.testa.* hic autem cum præcederetur à patre, tempore mortis aui, neque suus, neque legitimus testatori potuit esse, & quia text.expres. *in. d.l.si quis filium. C. de inoff. testa.* dicit nepotem omni auxilio destitutum, patre suo exhæredato mortuo, antequam querela præparari potuerit, oppono inquam, quod imo rumpat testamentum, quia pater ad eum querelam inofficiosi testamenti morte transmisit, vt *in.d.l. si posthumus.in. §.fi.* Sol. ibi querela erat præparata, ideo transmitti ad nepotem potuit, hic vero neque præparari potuit, cum non dum hæreditas adita esset, vel posset etiam dici tex.istum loqui de ruptione, quæ fit ipso iure, ratione præteritionis, non de ea, quæ fit per querelam.

Sed contra primam sol. oppono, quod imo transmittatur querela etiam non præparata, & quæ non potuit præparari, vt *in l. si quis filium. C. de inoffi.testamen.* Sol. illa est noua constitutio, quæ inducit transmissionem querelæ non præparatæ, quod iure antiquo non erat, sed opponitur, quod per successorium edictum, fit prouisum nepoti, ex filio exhæredato, vt *in. l. pater filium.& in.l.si is qui supra de inoffi. test.* Sol. successorium edictum prodest solum, in querela præparata, vel quæ potuit præparari, ex mente *Fulg. in.d.l.pater filium.col.fi.& Cuma. hic*, sed falsum est & contra dictam. *l. si is qui.* vt supra notauimus, quia quod querela sit præparata, vel potuerit præparari quoad transmissionem considerabatur ante. *d.l.si quis filium.* non quoad successorium edictum, & hic tex.dicit, licet ante aditam hæreditatem decessent, quasi magis dubitabile sit, quam si post aditam decesserit, quæ interpretatio necessaria est, vt duo casus expressi videantur, scilicet siue filius ante aditam, siue post aditam hæreditatem moriatur, alioquin non esset nisi vnus casus, cùm tamen tex. dicat his casibus, quod est notandum, quia nullus. dd hoc considerat, ideo respondetur secundum. dd. quod hic nepos non rumpit ipso iure, sed per querelam, ex successorio edicto, sed vt ego existimo in querela, secundum opinionem Iuliani, Pomponij, Marcelli, Scæuolæ, & Vlpiani non est locus successorio ædicto, quod satis probatur *in.d.l.si quis filium.* quæ dicit, quòd si non fieret transmissio, esset nepos omni remedio destitutus, sed *Paulus iurisconsultus, & Papinia.* fuerunt in contraria sententia, vt in querela locus esset successorio ædicto, sed crebrior fuit aliorum sententia, vt apparet ex his quæ supra diximus, quam probasse videtur Imperator *in d. l. si quis filium.* & hæc est vera resolutio licet dd. non ita declarent: alia multa dicere de hac re possemus, sed hæc sunt quæ difficultatem habere videntur, vid. *Acost. vbi supra. dd. in Rub. de successo. edicto, & Angel. de Perig. in repetitio l. in suis. Alcia.lib. 4. Paradoxa c.16.* in iure autem dicendi nullum, an sit locus successorio edicto: tractant. dd. vt per *Ias.hic num. 12.* sed tu vide quæ diximus. *supra.eod. in l.si à primo.* quia non est in iure hoc remedium, non reperitur, vt ibi diximus.

Sed oppo.contra istum tex. quod imo nepos ex filio exhæredato, fit suus, vt probatur *in.l. qui in aliena, in §. interdum. infra. de acqui. hæred.* ergo præteritus rumpit testamentum: Respondeo, nepos ex filio exhæredato est suus, si hæres ab auo instituatur, vt in contrario, non si præteteatur, vt hic.

Ex isto tex. dd. hic inferunt ad quæstionem, 4
si caueatur statuto, quod quandiu stent filij masculi, fœmina filia non succedat, moritur testator superstite filio, eoque hærede instituto, moritur postea filius sine filiis, an filia fœmina admittatur, videtur quod non, sicut hic nepos non admittitur, patre eo præcedente, sed tex. hic patum facit, ideo communis opinio est in contrarium. s. quod fœmina succedat, & rumpat patris testamentum: secundum *Alex. Areti. & Iasso.hic*, qui proponit quæstionem in filio instituto, qui patris adiuit hæreditatem, in quo *Cōtra Ias.* hæc opinio nullo modo vera esse potest, quia si filius adiuit hæreditatem, exclusa est fœmina perpetuo, neque qui semel est hęres, potest desinere esse hæres, maximè nulla culpa sua interueniente: vt *in.l.paterfami.de hæred. instituen. infra.* rursus potuit hęc bona filius hæres in quemcunque alienare, ex quo ergo capite filia succeder, & quæ bona petet, si filius ea, quod facere potuit in vita alienauit? rursus successio non potest considerari nisi tempore mortis, vel tẽpore destituti testamenti, vt in hoc tex. sed hic nec destituitur testamentum, neque tempore mortis filia potuit succedere, ergo nullo tempore succedere potuit: nec est verisimile, statutum velle hæc absurda inducere, sed intelligatur secundum ius commune, vt *in.l. si serui vestri. C. de noxali.actioni.* quandiu stent masculi, vel tẽpore mortis, vel destituti testamenti, non autem postquam masculi sunt hæredes, alioqui multæ regulæ viriarentur, vt qui semel sit hæres, desinat esse hæres, & vt sit quis hæres ad tẽpus, & vt testamentum quod semel perfectum est quo ad solemnitatem, & alia post aditam à legitimo hærede hæreditatem, rumpatur pro parte, item vt domino verò, dominium acquisitum sine facto suo auferatur, item est quędam monstro similis successio, cuius exemplum non reperitur in toto iuris corpore, nescio vnde possit oriri, hęc doctorum interpretatio: quid enim interest, statutum his verbis loquatur quandiu sint masculi, filię fœminę non succedant, vel stantibus masculis, filię fœminę non succedant, sed his verbis non potest talis interpretatio adhiberi, vt semel filius hęres desinat hęres esse, in totum, vel in partem, ergo neque illis: mihi sanè ridicula videtur hęc doctorum opinio, vt in ea reprobanda non sit operæpretium

5 tium insistere.

Contra Paulum de Castr.

Non minus absurda est opinio *Pauli de Castro*, quam ex hoc tex. infert in verbo moriente, quod exponitur idest post mortem, quod si comes Palatinus habeat facultatem legitimandi in vita & in morte: quod poterit post mortem patris filium legitimare, vt patri succedere possit, alioquin verba illa aliquid operentur, sed hæc interpretatio efficit, vt comes Palatinus, cuius facultates omnes sunt sæpe reuocatæ, possit, plusquam ipse Princeps potest, vt dicemus. *infra. l. Gallus. in. §. & quid si tantum.* & latissimè sumus interpretati in lib. 1. harum selectarum nostrarum interpretatio. in. c. 8. num. 10. cum sequent. ibi poterit hoc videri, sufficit enim vt intelligatur, patris accedente voluntate, vt ibi diximus, vel vt operetur quoad dignitates, & alia, non quoad parentis successionem.

6 Vltimo nota, quod variatur littera huius tex. secundum pandectas Florentinas, quia in *versi. quod si moriente in pandectis florẽtinis*, dicitur, quòd moriente auo filij ius pepẽderit non abscissum, vt superiori casu fuerat,] vt per *Antoni. Augusti. l. 3. emendatio. c. 7. pag.* 174. sed melior est littera vulgaris, quia meliorem sensum habet: secundum eam tex. quomodo enim verum est, non esse abscissum, vt in superiori casu, cùm non sit aliquis alius casus, in quo fuerit abscissum, cum solum præcederet vnus casus, qui est in prin. in quo testamentum non est abscissum? item si dicit, quod nepos rumpit, quomodo in eo casu non est abscissum testamentum, vt superiori casu fuerat, quia imo in superiori casu non fuerat abscissum, itaque secundum literam *D. Anto. Augu.* tex. diceret duo falsa: primum quod non sit abscissum testament. moriente filio apud hostes, quod est falsum, quia imo est abscissum ex nepotis præteritione, secundum, quod in superiori casu fuerat testamẽtum abscissum, quod etiam falsum est, quia superior casus solus est positus in prin. in quo non rumpitur testamentum, opus est ergo vt dicat text. quod si moriẽte, vt fiat tertius casus, & verba illa superiori referantur ad versi. diuersum, vt habet littera glo. & ita littera Florentina vera esse non potest, de verbo verò repedauerit, vid. *Alcia. lib. 1. prætermissi. in verbo repedauerit*, quod significat redierit, licet glo. non benè intellexerit, & hoc verbo vtitur *Cicer. in lib. 3. de legib.* vbi inquit, domum cum laude repedandum, & vid. *Budæum in. l. minor. supra de mino.*

SVMMARIVM.

Ex l. commodissimè.

1 *Casus ommissus quando habeatur pro expresso.*
2 *Intellect. l. fi. C. eod.*

POMPONIVS commodissimè is, qui non dum natus est, ita hęres instituitur, siue viuo me, siue mortuo natus fuerit, hæres esto, aut etiam purè neutrius temporis habita mẽtione, si alter vterque casus omissus fuerit, eo casu qui ommissus sit, natus, rumpit testamentum: quia hic filius neque sub conditione quidem scriptus hæres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento comprehensus.

Oppo. *infra eod l. Titius. §. Lucius.* Solut. ibi casus ommissus non habetur pro ommisso, quia ex facto ipso, & casu expresso colligitur intentio in casu ommisso, ideo non habetur pro ommisso, & ita si in specie nostri text. testator putans se ilico decessurum, nasciturum se mortuo instituat, quasi nihil in eius vita posse contingere sperans, si diu viuat, interimque ei filius nascatur, institutus videtur, & in hac specie intelligitur text. *C. eod. l. fi.* quæ videtur contra, cuius hic est communis sensus, secundum. dd. hîc & *Deci. Consi.* 394. 1

Sed videtur quod iste intellectus ad. l. illam contineat diuinationem, quare enim non idem dicatur in hac lege? Sol. ibi ex casu expresso colligitur intentio ad casum ommissum ex dicta ratione, & ex eo quia non ibi nasciturũ post mortem, simpliciter hæredem instituit, sed si infra decem menses, &c. quasi verborum galli rationem habuerit, voluit enim omnem casum institutione comprehendere, ideo nõ fuit mẽs prætereundi eum, qui in vita nasceretur ex mẽte *Christoph. de Castell.* quem referunt posteriores, quod eleganter explicat *Acost. d. §. quid si tantum. pag.* 221. de quo latius dicam, ibid. in *d. §. & quid si tantum. nu.* 25. *vsque ad* 32. vbi latissimè explicabitur nostra lex, sed potes nunc dicere breuiter, & clarè, non recedendo à mente Christoph. quod illa verba si infra decem menses à morte mea nascatur, non autem referãtur ad verbum instituo, is denique illis verbis comprehendatur, qui vsque ad decem menses post eius mortem nascatur, morsque inspiciatur ad computationem mensium, vt vltra illos menses natus non filius videatur, non verò quoad institutionem filij legitimi, denique respiciũt terminum ad quem, & ita extensiuè ponus quoad finem, quam limitatè respectu initij censentur verba illa imposita, item expressit casum, si decimo mense post mortem suam nascẽretur, tanquàm magis dubitabilem circa filiationem, non ergo voluit excludere casus, quibus filium esse, dubium non esset, quæ coniectutæ in tex. nostro capi non possunt, nisi error id adumbraret vt *dicta. l. Titius.* licet & illa lex aliter possit intelligi cum *Cuma.* vt ibidem dicetur, denique vbi ponuntur verba, de quibus loquitur noster tex. casus ommissus, habetur pro omisso, nisi ex facto error, vel mens testatoris ad casum ommissum dispositionem possit extendere, vbi verò ponuntur verba dictæ. l. fi. nulla probatio requiritur, sed ex vi verborum mens apta omnem casum comprehendere colligitur: ex his apparet veritas illius quæstionis, in qua eleganter consuluit *Deci. d. consi.* 394.

Item oppo. contra nostrum tex. *C. de inoff. testa. l. 3. Sol.* ibi intentio ad casum omissum colli-

gitur ex casu expresso iuncto facto ipso, illudi autem constat, quòd si quis filium quem habuerit, cum moriatur, instituat, & eum, qui in ventre sit cum moritur, instituisse videtur *infra de manumiss. testamen. l. Neratius.*

Item, per istam. l. ponit *Bar.* declarationem ad *l. C. de inoffi. testam.* quoniam in prioribus, euius opi. mihi vera videtur, quicquid *Paul. hic & Polit. in materia vulga. nu.* 102. & pro Bart. allego text. singularem & expressum. *infra de hæredi. inst. l. quoties. §. si quis nomen.* vbi si ex aliquo capite tollitur demonstratio, quia à l. improbatur, si sine ea remanet incerta persona, vel nulla, actus vitiatur, sic in nostra lege, in qua conditionis, & demonstrationis vicem, verba institutionis obtinent: vid. omnino quæ diximus. *supra eod. l. 3. in prin dict. §. si quis nomen.* item hæc conditio respicit substantiam, & personam filij, si fuerit, vel non, ibi autem conditiones respiciunt alia extrinseca, hic variatur persona filij, ibi non variatur.

SVMMARIVM.

Ex l. In suis.

1 *Vnde oriatur necessitas, & suitas.*
2 *Effectus qui suitati tribuuntur, necessitatis esse.*
3 *Quid sit suitas.*
4 *Ius directum quando queratur, sine facto hominis.*
5 *Ex prima potestate oritur suitas.*
6 *Posthumus potest esse suus.*
7 *Suus hæres an possit, pro hærede vsu capere.*
8 *Quid si veniet ex capite, vnde liberi.*
9 *Suus vsu capit titulo pro suo.*
10 *Contra suum an possit præscribi, titulo pro hærede.*
11 *An filius in vita patris habuerit possessionem, soluatur glo.*
12 *Regula singularis circa suitatis effectus.*
13 *Fideicommissum vniuersale, suitate confirmatur & quare.*
14 *De argumento à maiori.*

PAVLVS in suis hæredibus euidentius apparet, continuationem dominij eò rem perducere, vt nulla videatur hęreditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam viuo patre, quodammodo domini existimantur: vnde etiam filius familias appellatur, sicut paterfamilias: sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit: itaque post mortem patris non hæreditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa licet non sint hæredes instituti, domini sunt, nec obstat quòd licet eos exhęredare, quòd & occidere licebat.

An in vita patris filius regis vocetur Rex, vid *glos. c. fi. 24. q. 1.* text. *in c. Adrianus. 1. 63. distinct.* vbi appellatur Augustus imperatoris filius, not. *glo. de orig. iur. l. 2. in. §. exactis.* de quo vide latiss. *Tiraq. C. de reuo. don. leg. si vnquam in prin. nu. 21. & in trac. primogen. q. 33.* vbi lat. *& q. 40. numero. 95.*

Ad intelligentiam istius l. pręmittendum est, quod in filij familias vellent, nolent, parentibus erant hęredes, ideo necessarij, hæredes appellabantur, item sicut & hodie parentes necessariò eos instituere debebant, ideo sui appellantur, & sic actiua, & passiua erat necessitas, vt *inst. de hæred. qualit. & differen. in.*
§. 1. quæ necessitas ex parte filij inducebatur 1
ex dominio, quod pater in filium habebat, occidere enim eum licebat, vt hic sicut & seruum, vt *inst. de his, qui sunt sui in. §. 1.* & noxæ dare licebat, vt *insti. de noxali in § fi.* nec erat seruo absimilis vt *de necessar. seru.* per tot. & ideò hoc ius vt eos inuitos hæredes facere posset, habebat, quod maximè vtile censebatur, ne (quod facilè eo non existente soluendo contingebat) sine hærede decederet pater familias, eius hæreditate repudiata, quod contumelia censebatur, vt *insti. quib. ex causis manu.* non licet quod in filio prætor tanquàm iniquum substulit, & necessitatem beneficio abstinendi absumpsit. *infra de acquir hæredit. in l. necessarijs & d. tit. de hæred. qualit. in. §. sed his permisit prætor.* sicut & l. ciuilis iniquitatem illam quæ in noxæ deditione, & occisione versabatur, correxit, vt hic & d §. *denique*, prætor necessitatem quæ erat in filio hæreditatis capiendæ, non quæ erat in patre relinquendi, abstulit: ideóque licet necessitas sublata sit,
suitas tamen illæsa permansit vt in *d. l. necessarius.* 2
ex mente dd. sed verius puto, effectus, quos dd. suitati tribuunt, magis necessitatis esse, & sic magis ex obligatione, quæ in filio est, quàm ex ea quæ est in patre produci, nam licet prætor illam filij necessitatem abstulerit, non tamen id omnino, vel ipso iure facere potuit, talem enim prętor non habet potestatem, vt de *bono. poss. inst. §. quos autem.* ideo filius qui abstinet, remanet hæres directè, quod ex necessitate, quæ in filio inerat oriri verius est, nam cum suitas sit, non filij, sed patris necessitas, vt aliunde hæredem, existente suo domestico, ascire non possit, filiique solo fauore inducta sit, quare sine prætore etiam filius eam derelinquere non possit: obligationes enim actiuę voluntariæ sunt, vt. *C. de pact. l. pen.* ea igitur quę dd. suitati tribuunt, necessitatis sunt, non penitus sublatæ quod etiam ostenditur ex his, quæ dicemus. *infra isto titul. in. l. si filius hæres in nu.* 20. sed quia horum effectus ferè nulli sunt, & ll. his verbis promiscuè vtuntur: vt *d. l. necessarius & alijs ll.* ideo hoc solum notasse contenti erimus, illis verbis vtentes quibus dd. vtuntur.

Videamus igitur quid ea suitas sit, quod explicare Politianus non valuit, consultus à Socino, non de legum ænigmatibus, difficillimisve tricis & quæstionibus, quas se explicare posse gloriabatur, sed quid suus hæres significaret,

caret, quod sui muneris erat vt *Vigl.* refert *inst. de hered. qualit. & diffe.* §. *sui.* vt grammatici mores referret, cuius nomen non abhorruit vt *Ludouicus Viues* testatur *in libello* qui *de corrupt. grammat.* inscribitur, & licet hoc verbum suitas barbarum sit, & in ll. iurisconsultorum non reperiatur, tamen, quia quælibet ars habet sua peculiaria verba, eo etiam grammaticus vti poterit, qui sola verba expiscari solet, vt eleganter defendit Alciat.

3 Suitas itaque secundum *Angel. de Perg.* hic *q.* t. est ius quodam intellectuale, directum, propter patriam potestatem, & quandam domesticitatem dominij, bonorum ascendentium continuationem, ad successores proximos post mortem immediatè inducens, dicitur ius intellectuale quia suitas est ius, vt patet, ideo superfluit intellectuale, quia omnia iura talia sunt, vt. *ff. de petitio. hered. l. hereditas. & de acquir. re domi. l. seruus* §. *incorporalis. & de reb. corp. & incorpor. per tot.* directum, quia legis ciuilis verbis, & mente fuit inductum. vtilitas autem, vel damnum, quod ex hæreditate consequi posset, abstensione, quæ cum iure directo coniuncta erat, amittitur post prætoris concessionem, vel beneficium.

4 Sed oppo. quod hoc ius non possit esse directum, nec filius directus dominus dicatur, nam vbicunque dominium à lege, sine facto hominis, vel possessione transfertur, non directum, sed vtile est. not. glo. *C. de iur. dot. aut. donation.* not. *Aret. C. de rei vend. in. l. partum*: videtur pro his tex. *C. de dona. quæ sub mod. l.* 1. *& l. quoties* not. *Aret. C. de iure de liber. l. si forori. &* est commu. opi. *C. commu. de lega. l.* 1. *vbi Iass. in.* 2. *col.* sed potest respondere, quòd dictæ glosæ procedunt vbi dominium transfertur, ex actu inter viuos, vbi verò ratione vltimæ voluntatis, vel morientium successione, tunc dominium, quod per legem transfertur, sine possessionis apprahensione directum est, vt. *infra de acqui. possessio. l. cum heredes facti sumus.* quorum ratio est, quia dominium directum cùm difficile eradicetur, remanet apud eum, qui dominus tempore contractus erat, at, vbi ex morte transit, cum non sit apud quem remaneat, transit cùm vtili, dominiumque vagum consolidatur cum vtili, quod personam legatarij sequitur atq. quod de possessione notatur. *infra de acqui. poss. l. quòd si nolit. in glo.*

Sed opponitur: in legatarium dominium directum transit, vt. *C. commu. de lega.* 1. *infra de furt. l. à Titio.* sed est apud quem remanere possit, scilicet apud hæredem: ergo prædicta distinctio vera non est. Sol. cum in quemcunque transeat dominium, siue hæres, siue legatarius sit, id sine apprahensione fiat, melius fuit in eum transire, cuius necessariò vtile dominium esset vt circuitus hic vitetur, & dominium quod iunctum erat, non seiungatur, quod est singulare, minor enim isto modo digressio reperitur, ideoque facilius inducitur vt de acceptilatio. *l. si acceptilatum.* hoc latissimè explicauimus in nostro libello de reddit. ecclesiast. in par. 3. c. 2. nu. 10. cum multis sequentib. item in filio non potest dici sine possessione transire dominium, cùm quodammodo, & in vita possessor haberetur, vt filius cum patre, vt in hac lege, nec intelligas in materia nostra, vtile dominium transire non directum: quod *insti. de hered. qui ab intesta.* §. *fin.* & hîc sentit tex. esse quasi dominium, nam & hoc directum est, aliud enim est dominium vtile, aliud quasi dominium, vt sent. glo. *supra de euictio. leg. minor. & de re iudi. c. abbate sane. lib. 6.*

Item in definitione dicitur, propter patriam potestatem: nam sine ea non datur suitas: vt in. *l. Cornelia. in fi. supra de testamen.* Sed plura videntur obstare huic regulæ, primo quia posthumus dicitur suus: vt in *l.* 1. §. *toties infra de ventr. in possessio. mitt. & in l. posthumo nato. C. de bono. poss. contra tab. &* §. *posthumus. insti. de legat.* & tamen nunquàm posthumus fuit in potestate, quia nondum natus est viuo patre: vt probatur *in l. fi. de collat. bono. infra.* 5 6

Rursus monachus non est in potestate patris, vt not. *in. l. si ex causa. in.* §. *nunc videndum. in verbo.* cùm statum mutat. *supra de minori.* & tamen suus est patri, vt in. *l. deo nobis.* vbi notat. *Bald. C. de sacros. eccles. Bar. & alij in authen. si qua mulier. col.* 1. *C. de sacros. eccles.*

Item episcopus vel patricius effectus, filius familias, desinit esse in patris potestate, non tamen ideo minus suus hæres patri efficitur, vt in *authen. cost. quæ de dignita. in.* §. *illud. nec placet.* Solu. *Dec. in. d. l. qui se patris.* qui quoad posthumum respondet, quòd posthumus non est suus, sed est futurus suus, quasi eo tempore, quo id quod futurum est, possit reperiri in patris iam mortui potestate, & ita est suus, quando in potestate patris non est, qui nec aliquando fuit, verius itaque & melius responderi potest, perfectionem huic rei mederi, cum eo tempore posthumus pro nato habeatur, quo pater moreretur: vt in. *l. intelligendus de verbo. signifi. infra.* Intelligendus est (inquit *Terentius Clemens*) mortis tempore fuisse, qui in vtero relictus est,] non tamen testamenti tempore: vt in *l.* 3. *in.* §. *fi. supra eod.* & istam solutionem optimè assignat *Pinel. vbi supra in num.* 36. & ex his interpretari debet. *l. qui in vtero de stat. hom. supra* quoad monachum verò episcopum & patricium dicere possumus, in hac re patriam potestatem præcedentem sufficere, à qua ob reuerentiam dignitatis & maioris status liberatur filius, non tamen liberatur pater, vt ea iura quæ filiis concessa sunt, præseruare non teneatur, & hoc l. efficit vt filium liberet, non patrem, ex iusta causa iam dicta, vt latius ostendemus *infra in. l. si filius heres.* *Cōtra Decium.*

Dicitur in definitione: continuationem, non

enim morte patris videtur filius aliquid iuris acquirere, sed administrationis facultatem, quæ facti magis est, sicut & minor, cum sui iuris efficitur: non ius, sed administrationem adipiscitur, quia penè ad propria bona venniunt, inquit *Vlpianus in l. 1. in. §. pe infra de successo. edict.* ideo secundum Bat. testamentum est nullum, suo non exhæredato, sed præterito, quia non potest fieri alius dominus, nisi filio adimatur prius dominium, quod aliqui sequuntur, alij reprobant, vt latius per *Ias. hic,*

Cōtra Bar. egocredo quòd iuste Bat. reprobetur in hoc, quia in nepotibus, & pro nepotibus suis esset eadem ratio, sed non est nullum testamentum, cis præteritis, vt dicemus. *infra. l. Gallus. in. §. in omnibus.* ideo verius est, filio præterito nullum esse testamentum, quia testator formam à lege datam non obseruat: vt *infra eod. l. inter cætera.* ex ista autem continuatione apparet, hæreditatem hanc in bonis sui esse, ergo ad quemcunque transmittitur: vt *de verbo. signi. l. nihil aliud est.* quicquid malè glos. quæ communiter reprobatur, *in. l. si infans. C de iure delib.* vbi *Ias. 6. col.* dicit communiter reprobari, aliæ autem hæreditates ideo non transmittuntur, quia in bonis nostris non sunt. secundum *Bal. C. de iure deliberandi, in. l. quoniam sororem.* sensit Bar. *infra de acquir. hæred. in. l. 1. col. 1 in fi. & in. l. à testatore. in fi. de condi. & demonstr.* ex qua etiam continuatione apparet, quòd non datur hæreditas iacens, suo hærede relicto: vt not. *glo. C. de poss. in. l. cum hæreditas. cum alijs similib.* quia vt inquit notanter *Bald. C. de iure de lib. in. l. potuit.* hæreditas suo magis infertur, quàm defertur, nec ei videtur aliquid de nouo conferri.

7 Ex his deducitur, filium suum pro hærede vsu capere non posse. *C. de vsu capio. pro hæred. in. l. nihil.* quia in filio successio non est titulus, sed magis administrationis concessio, sed illum tex. aliter intellexit *Vigl. in. d. §. sui.* vt tex. velit, vt contra suum hæredem procedere non possit vsucapio, pro hærede, non quòd ipse filius pro hærede vsucapere non possit, nihil pro hærede vsucap. (inquit lex) suis hæredibus existentibus magis obtinuit,] *dd. ibidem & Bar.* hic intelligit suis hæredibus. id est, ab ipsis suis hæredibus, vt pro hærede vsucapere non possint. at, *Vigl. vbi supra* & ante eum *Ricard. de Sali. in l quoniam de iure delib.* & fortè *Bar.* etiam *de inoffic. testa. supra in. l. pater filium, nu. 10. & Pinel. vbi supra nu.: 8. cum sequent. R. episcop. Segobiens. in reg. possessor. secunda parte in. §. 5. in nu. 3.* intelligunt, vt magis aduersus eos, vsucapio excludatur.

Videamus, num hæc vera sint, primum vtrum suus hæres pro hærede vsucapere possit, secundo vtrum aduersus suum hæredem vsucapi, pro hærede possit: quoad primum doctorum crebrior est sententia, vt suus hęres pro hærede vsucapere non possit, per *d. l. nihil. & infra illo tit. l. 2. § fi.*

Quod *Bal. rub. de præscriptio.* intelligit verum, 8
si filius tanquàm filius ex primo capite succedat, non si tanquàm agnatus, vel cognatus, his enim vltimis speciebus pro hærede vsucapere possit, quod sequitur *Alex* vt hic refert *Iass. 2. col. & Dec.* id probat *cons. 222. col. 2.* & pro hoc videtur text. *qui de successo. edict. l. 1. §. quibus.* vbi si filius succedere tanquàm cognatus velit, ab agnatis excluditur, ergo in ea specie filiatis, vel filiationis, qualitas non attenditur, ideo sicut agnati, vel cognati, pro hærede vsucapere poterit, sed *Iass hic & in. l. 1. C. qui admitti. nu. 25.* distinct. Bald. non admittit per text. quem dicit expressum, nec ei posse totum mundum respondere. *infra de Carb. edict. in l. de bonis. §. 1.* sed videamus num ille text. nihil faciat, & not. quòd in illo text. est duplex litera: negatiua, & affirmatiua, si negatiuam probes, non faciet ille tex. pro Ias. si verò sit affirmatiua, potest vocari in controuersiam, quod enim text. dicit, quoniam sui sunt, vel ex illa quæ cognatis datur, supple si sui non sunt, vt singulis capitibus singulæ species adaptentur, & sic nihil faciet pro Ias. vel quoniam sui sunt, id est filij, quia datur his omnibus illud edictum, quibus contra tabulas bonorum possessio datur, vt in *l. 1. in. §. 1. eod. tit.* sed contra Bal. fac. lex notab. *infra quis ord. in bon. poss. seru. in. l. pen. §. filius.* vbi ex quocunque capite filius veniat, cum sua qualitate succedit: fac. *infra eod. l. filio quem pater. in fi. principij* & fac. text. singul. *infra ad l. Iulia. de adulte. in. l si maritus. 2. in. §. lex Iulia.* vbi licet maritus iure extranei accusasset, mariti tamen vtitur priuilegio. Sic ergo suus, quocunque capite veniat, vt suus succedet, sed Bal. dictum seruari fortè in practica dicit, *Socin. infra de vulg. & pupil. in. l. si filius qui patri. 12. colum. num. 16.* cuius dictum in successione ab intestato: in qua dicta capita sunt constituta, solum specificari potest, & in potestate filij erit, tit. pro hęrede vti posse, quod verum non est, quia ius directum radicatum mutare non potest. vt *in d. l. 2. in. § fi. infra de vsucapio. pro hæred.*

Hæc autem omnia solum proderunt, si teneas doctorum sententiam, filium pro hærede si suus sit, vsucapere non posse. sed mihi verior videtur sententia, quod vsucapere possit, primo per tex. in. *d. l. 2 in. § fi.* vbi filius res donatas sibi à patre, pro hærede vsucapere non potest, quia alio titulo possidebat, possessionisque causam sibi mutare non potest, vt ibidem dicitur, maximè ex dictione quoque, quæ continuatiua est ad §. præced. secùs ergo si non essent à patre donatæ.

Item filius vsucapit titul. pro suo ratione 9
hæreditaris sibi à patre delatæ, vt. *infra pro suo in l. pen. §. si patre.* ergo & pro hærede, quia titulus pro suo, vi alterius tituli efficacis producitur, qui de se habilis sit, & efficax: vt *eod. tit. in. l. 1. &*

2. item

2.item titulus hæreditarius in suum transfert dominium rerum patris, vt hîc, ergo in alienis à patre possessis, vsucapiendi conditionem, ex reg. *l. claubus supra de contrah. emptio.* item propriè & verè titulus est nouus, quæ enim hîc ponuntur, vt nouus titulus, vel causa non sit, sed liberior administratio plurifariam impropricratem exprimunt vt dicit textus. quodammodo domini,] & in *l. 1. in. §. sed videndum. infra de successor. edict.* ibi : qui penè ad propria bona veniunt.]

Item ad hoc induco casum legis, nam titulus putatiuus pro hærede, confert filio causam vsucapiendi : fortius ergo id verus efficiet, tex. est *infra de vsucap. in l. iusto. §. filius, cum. l. si fur. §. 1.* vbi dictum probatur, & consequentia.

Item titulus pro dote confert causam vsucapiendi, vt. *C. de vsuca. pro dot.* Sed minor videtur mutatiu, cum mulieri res reditura sit. *C. de iure dot. in. l. in rebus cum alijs*, nam patris bona in filium transeunt, & eradicantur à patre, denique fictio & effectio legis nostræ, ad inducendam, vel producendam suitatem, fuit inuenta, non quod bona filio in vita patris concedantur, vel à patre abducentur, magisque color quęritur, quàm veritas ostendatur.

Item pro ista parte lex est expressa in *d. l. 2. in. d. §. filium*, quia ibi dicitur quod pro parte cohæredum non vsucapit pro hærede, secus pro ea parte, qua suus hæres est, licet enim mutare causam possessionis in illa parte, cui titulus accedit, vt. *infra de vsucap. in. l. non solum §. quod vulg. & in. l. si fur.* in parte autem cohæredis, cum titulus non accedat *C. de rei. ven. in. l. cum à matre.* mutare non licet, & ita verior est hæc sententia, vt suus hæres tit. pro hærede vsucapere possit.

Non obstat *d. l. nihil.*, quia vt suprà diximus, non iubet, vt suis hæredibus vsucapio non sit permissa, sed vt aduersus eos excludatur, secundum *Vigl. vbi supra* quod ego apud *Ricard. de Salicet. legi. & Bart. vbi supra* potest hoc tribui, sed nihil interest cuius sit hoc dictum, non enim de personis, sed de rebus agimus, nec auctoritate docentium, sed veritate constringimur: vt *C. de vete. iur. in. l. 1. §. sed nec.* Sed quisquis hoc dixerit, non sine iudicio processit, sed id non ita explicauit, vt necessarium non sit aliquid adiicere, ideo hæc merito nostra vocabimus: argu. *supra de inst. & iur. in. l. ius autem.* sicut & omnia, quæ nostro nomine nuncupantur, cum alij ex alijs suos conficiant centones, & malè vertendo, vt inquit ille, bonas corrumpant fabulas, & infinita alienissimis locis infarciunt, quę è re erant omittentes, nec mirum, non enim hoc agunt, vt doceant, sed vt se ostentent, ideo quæcunque se scire putant vbilibet sine delectu inculcant, & quasi impedimentum recta transeuntibus, obiiciunt, alibi posset hoc non sine ratione proferri, cum *l. Gallus.* simus interpretaturi : cuius commentaria nostrum commouent animum, cum enim tot sint recentiores eius interpretes, nihil sit sanè legi dignum, præter Acostæ commentum: quo satis laudari non potest.

Sed ad rem & sensum *d. l. nihil* redeamus, eámque explicemus quæstionem, num contra suum hæredem vsucapio pro hærede procedat, 10 eóque sensu *d. l. nihil* expendi debeat. quod non videtur, nam quod sui hæredis priuilegium est? vt enim pro hærede vsucapio procedat, hæres quis esse debet, verbum enim pro hærede in illa materia, pro hærede verò, non putatiuo, accipitur: vt not. *eod. titul. pro hæred. in rubr.* probatur *eod. tit. in l. si.* igitur etiam contra extraneum hęredem vsucapio non procedit, nam si is verus hæres sit, quis alius esse poterit, qui vsucapiat pro hærede : cohæres enim pro parte cohæredis titulo caret, vt dictum est, id autem quod in d. l. statuitur, controuersa & dubitabilis quæstio est, dicitur enim ibidem d. l. nihil magis obtinuit]hoc autem, vt contra suum verum hæredem non præscribatur, dubium non habet, ergo hoc sensu l. illa expendi posse, non videtur, sed his possumus respondere, vltra recentiores (quia hæc non intellexit *Pinel. vbi suprà in nunu. 42.* qui sensit hanc difficultatem) quod titulus pro hærede putatiuus etiam efficit aliquando vsucapionem, si quis iusta opinione ducitur, ad existimandum se esse hęredem, arg. *infra de vsucapi. pro lega. l. si* & expressè. *infra de vsucapio. in. d. l. non solum in. §. quod vulgo.* quæ opinio vel error suo hærede existente, non admittitur, nec enim videtur decessisse, qui filium suum reliquit hæredem, nec de hæreditate agi videtur, cum filius antea quodammodo dominus fuerit, & ideo pro hęrede titulus putatiuus alicui prodesse non poterit: vt. *C. de vsucapi. pro hæred. in. l. opinione.* non enim iusto errore ducitur, qui suo hærede relicto, se hęredem existimat, & licet quæstio facti esse possit, an iusto errore ducatur, potuit enim ignorare filium esse relictum, vel viuere, magis tamen obtinuit, suis hæredibus existentibus, pro hærede vsucapionem non procedere, vt in. *d. l. nihil.* & sic teneo intellectum *Vigl. & Ricard. ad illam. l.* contra communem opinionem licet ipsi non ita explicent, nec defendant : falsáque est commu. sententia, filium suum hęredem tit. pro hærede, vsucapere non posse, & contra tex. *dicta lege. 2. §. filium.* vbi pro ea parte qua hæres est, tit. pro hærede vsucaperè potest, & eatenus causa possessionis mutari possit : vt. §. *quod vulgo.* nec obstat noster text. licet enim in vita patris domini quodammodo sint, nec patris morte titulus, vel causa accedere videatur, hæc tamen improprijssimè considerabilia sunt, verè enim in patris vita nihil iuris habent. *infra si quis à patre fuerit manumissus in lege non vsque adeo infra de collatione*

bono.in leg. 1. §. si impuberi. quale quale enim ius filij haberent confiscationem bonorum patris impediret: vt. *C. de bon. prof. in. l. 3. & de do. inter vi.in.l.res vxoris.* videmus tamen, quod suus hæres in vita patris hanc confiscationem non impedit, ante constitutionem bona damnatorum. *C. de bon. proscr.* manifestè ergo apparet nullum ius in vita patris suum hæredem habere.

11 Sed quæro cum glo. an sicut fit continuatio dominij, quod filius videtur habuisse: ita possessorem esse in vita patris dicamus: & possessionem continuari: in quo glo. *infra pro harede in. l. 2. §. fi.* vult, in vita patris quasi possidere filium Bar. contrà, ego puto quòd glos. benè dicat in quadam impropriissima possessione, qua & dominium quòd habere videtur, sustineatur, vt talis sit possessio, quale illud dominium est, alios tamen effectus non producit, nec fortificatur patris morte, licet *glos. supra ex quib. caus. maio. in. l. cum miles*, voluerit, mortuo patre, filium suum sicut & dominum, fieri possessorem, sed falsum est, vide quæ dixi. *C. de iure de lib. in. l. si forori*, alia sunt in definitione quæ non egent explicatione, vid. recentiores in glos. ibi sicur. dic, aliter vt pet *Bar. hic*, & vid. quæ dicam. *C. de iure deliberan. in rubri.* & quid operetur suitas circa transmissionem, vid. quæ dicemus *eod. tit. in leg. 3.*

Sed quæro generaliter, quid suitas operetur? Respondeo plura: vt apparet *infra de vulg. in. l. si filius qui patri. d. l. 3. & in l. apud hostes. C. de legi. haredi.*

12 Sed dic vltra, dd. ponendo regulam generalem, (præmisso, quòd regulariter non adita hæreditate, corruunt ea, quæ in testamento continentur: vt in ll. vulga.) quòd omnia illa, quæ immediatè à testatore capiuntur, nec ab aliquo exigi debent, quia personam obligatam non requirunt, omnia huiusmodi sola suitate, etiam repudiata hæreditate, confirmantur, & suitas operatur, ideo testamentaria tutela suitate confirmatur: vt *supra de testament. tute. in l. si. §. nemo. vbi Bar. & C. eo. tit. in. l. 2.* quia tutores non ab hærede, sed à testatore proficiscuntur eo tit. *supra de testament. tutel. in. l. tutores.* sic tabulæ pupillares suitate sola sustinentur, quia successio directa, à testatore, non ab hærede, vel cohærede prouenit. *infra de acq. hered. in. l. ex parte & de hared. insti. in. l. sed si in conditione in. §. 1.* eadem ratione directa libertas suitate sustinetur, & sine actuali aditione competit: vt *infra de manu. testa. in. l. sciendum*, quia hæ libertates non ab hærede capiuntur: vt *inst. de singul. reb. per fideicom miss. relict. in. §. pen.* quod etiam iure constituto ad fideicommissarias libertates trahi, videtur: vt *in l. cum quasi in. §. sed si suus. de fideicommissar. libert.* secundum dd. *in. l. si filius qui patri. de vulga.* quod verum non est, neque ille tex. aliquid probat, vt apparet ex glo. *in vers. praced. in verbo qui fideicommissariam. & ex Alberi. ibidem*: & probatur in vers. sequenti, quod nunc reperio subtiliter annotasse *Cost. in. c. si pater. in 2. par. in verbo deferuntur, in num. 12.* qui ponit supra dictam regulam, quam ego publicè legendo multis ante annis constituti, cuius regulæ ea potest esse ratio, quod ex remedio abstinendi, quo suus hæres vtitur, ab omnibus obligationibus eximitur, *vt infra de acquir. hered. in. l. quasitum.* & nota. *C. si min. ab hered. se abstine. in l. 1.* ad hoc enim solum hoc remedium fuit inductum, ea igitur quæ obligatum aliquem requirunt, & manu obligari capiuntur: qualia legata sunt, & fideicommissa vt probatur *C. de lega. in l. dubium, &c.* cum suo hærede abstinente talem obligatum non reperiant, necessariò corruunt, alia autem suitate sola substinentur, (quia solam voluntatem requirunt) cum existentia hæredis etiam vtilitate exinaniti, vel euacuati, quod est singulare, neque per aliquem explicatur, denique ea quæ hæredem obligatum requirunt, suitate non confirmantur, quia suus hæres, hæres est, tamen non obligatus.

Sed contra hæc oppono, fortiter fideicommissum vniuersale personæ obligatæ innititur, & medium testitutionis requirit. *infra ad Trebel. in. l. 1. per tot. & in. l. restituta. in l. ille à quo. §. si de testamento.* & tamen sola suitate confirmatur: vt *eod. tit. in l. ita tamen. in. §. si pater.* vbi notat *Bar.* sed *ipse ibidem* respondet hoc induci, quia & ad id poterat, sicut exterus compelli: vt not. *Iass. infra de vulg. & pupil. in. l. si filius qui patri. in nu. 10. & si. col. & de lega. 1. in. l. 1. num. 80.* & fortè vt ab hac iniutia compulsionis filius liberetur, item quia si extraneus potest compelli adire. qui nullam necessitudinem cum testatore habuit, quare filius non compelleretur, ad quem magis pertinet voluntatem patris amplecti, & illi morem adeundo gerere? sed hoc non placet, quia non hoc excusatur, cum adhuc compelli possit vt *eodem titulo infra ad Trebell. in leg. recusare in. §. meminisse.* 13

Item nec placet ratio Bartoli & doctorum cum fideicommissum vniuersale personam obligatam requirat, vt dictum est, quæ non datur filio, suo hærede abstinente, vel se non immiscente, ideo omissis Doctorum rationibus, mihi verius posse dici videtur, quòd fideicommissum vniuersale, ideo sola suitate sustineatur, quia in hac specie suitas est iuncta cum necessitate: & ad ius antiquum reducimur, beneficio prætoris cessante, adiecto enim fideicommisso vniuersali: necessitas ex Senatusconsulto Trebelliano inducitur, quæ iuncta cum suitate, etiam post beneficium prætoris filius suus & necessarius reperitur. Si enim extraneus in hac specie adire compelleretur, fortius dicendum erit, suo abstinendi potestatem adimi, & ita in sublatâ à prætore necessitatem *Ratio singularis.*

necessitatem reducitur filius per Trebellianum, nec quo ad filium ex Trebelliano factum requiritur, sed id ipso iure inducitur, quia non de imponenda necessitate filio: sed de excludenda exceptione, quæ beneficio prætoris ei tribuebatur, agitur, argu. *infra de bono. posse. secundum tab in. l. qui ex liberis*, *in § fi.* quod sine discrimine verum est, cum de facili res ad suam pristinam naturam reducatur, & hæc ratio potest probari ex iis quæ not. Bal. *C. ad Treb. in. l. non instam. & hic & in l. Papinianus in. §. quarta aut supra de inofficio. testamen Ang. Imol. Soci. col. 78. infra de vulg. & pupil. in l. 1*, vbi dicunt quòd in omnibus speciebus quibus filio adimitur suitas, puta secundum eorum opinionem vulgari substitutione, vel cohæredis extranei adiectione, si in eisdem filius fideicommisso vniuersali grauetur, conseruatur, & redintegratur suitas, & in hac specie sumus, in antiqua illa necessitate, prætoris beneficio cessante, cum Senatusconsultum Trebellianum filios etiam comprehendat, non obstante generali abstinendi concessa filiis facultate ex prætoris beneficio: alia quę Bart. hic ponit, explica, vt per Iasso. & alios.

Veniamus ad vers. final. contra quem oppo. quòd iure consultus Paul. malè respondeat, nam multiplicare inconuenientia, non est respondere argumentis: vt. *C. de rescinden. vendi. in. l. ratas.* secundum Iass. item malè allegatur lex correcta, vt. *C. de insti. C. confir. in. l. 1. in. §. hunc igitur.* ideo *Paul. de Castro.* hic aliter soluit, sed aduerte, quia melius, & subtilius soluit iurisconsultus ipse, cuius argumentum tale est, poterat pater occidere filium: nimirum si exhæredare eum possit, filius enim ius in bonis patris habet, & spem lege probatam, maius tamen ius in eum pater habuit, cum id dupliciter absumere possit, vel occidendo, vel exhęredando, quorum alterum sublatum est scilicet occisionis ius, & potestas, iniquitatem enim continebat, alterum verò scilicet exhæredationis, quia ratione potest inniti, in suo vigore permansit, arguitur igitur ex potestate irrationabili: vt ratio exhæredationis ostendatur, denique filius habet ius in patris bona, nisi ex iusta causa sibi à patre auferatur, nec mirum cum & vitam
14 olim adimere possit, ex quo argumento notant. dd. quòd si licet quod maius est, quod minus est licebit, sic adulterum, quem occidere licet, contumelia afficere licebit, cum hôc minus sit, vt *infra de adulte. in. l. nec in ea sic supra de senatori. in l. si indignus sic. C. de sacro. eccle. als. de episc. & cler. aut.* multo magis sic extra qui filij sint legi. *c. per venerabilem sic infra de interd & relega. in l. relegatorum in. §. constitutum & in. §. solet.*

Sed opponitur, potest quis ad mortem damnare, qui ciuiliter condemnare non potest suprà de iudic. in. *l. solemus in. §. latrunculator*, sic permissa venditione, non videtur pignoratio permissa, vt *supra de reb. eorum in. l. si pupillorum in. §. si prætor sic. C. de patrib qui fil. distr. in l. fi. in glos.* secundum opinionem aliquorum, de quo vid. glos. in *l. qui filios. C. quæ res pigno. oblig. a. poss. & glos in c. ex rescripto. extra de iureiurand.* vbi doct. & alij quos refert *Ripa. in. l. obligatione generali. 5. col. de pignori. & Hypo in Rub. de fideiussori. numer. 224. & Pinel. in Rub. in. 2. par C. de bon. mater. nume. 25.*

Sic de *preb. lib. 6. c.* cui de non sacerdotali. vbi si alicui certi valoris præbenda conferri concedatur, non videtur ea, quia sit minoris valoris concedi.

Sic potest quis debitorem fugitiuum appræhendere, non tamen potest verbaliter eum citare, qui tamen potest eum realiter exhibere, vt latiùs explicabimus. *C. de exhib. reis in l. neminem.*

Sed ad hæc possumus dicere, quod ei licet quod minus est, cui quod plus est licet, quando plus & minus sunt eiusdem speciei, & minus sub maiori comprehenditur, vt si occidere liceat, contumelia afficere licebit, non enim potest quis occidi sine contumelia, & vulnere, vt patet, non autem argumentum hoc verum est, licet occidere, ergo rebus spoliare: licet hoc minus sit vt *infra de pen. in. leg. in seruorum.* vbi notat. & hoc apertè voluit *Bar. rep. in leg. Cæsar. in numer. 19. de publ. & vectigalib.* nec obstat text. *suprà de alea vsu. & alea. in. l. 1. in. §. item notandum.* quia ibidem vtrumque simul expresse permittitur: non per argumentum, item licet vendere filium, ergo & pignorare, quia vendere genus est hoc comprehendens. *infra de statu. libe. in. l. statu lib. à cæteris in. §. fi.* & sic non aliud, sed idem est, maximè quia hoc ratione iuris patri concessum permittitur, quod in omni alienatione locum habet, qua idem effectus repræsentetur. *supra quibus mod. pig. vel hyp. soluitur in l. sicut in. §. sed si permiserit*, quòd autem pater filium pignorare possit, ob famem vitandam, probatur. *C. de patre qui fili. distr. in. l. fi.* vbi, licet emptio celebretur, pignoris tamen iure censetur, ergo hoc in pactum deduci expressè poterit, vt pignoris iure teneatur, sicut *in. l. Gallus.* diximus de eo, qui filium si hæreditatem nollit, præterit, quod testamentum iure prætorio valeat, cum si ad eum casum sine expressione perueniret, valeret quidem vt *infra. titu. 1. in. l. filio præterito.* nec obstat text. in. d. l. si pupillorum. quia ibidem non repræsentatur idem effectus pignore, qui venditione repræsentatur, cùm venditione exsolutio debiti & liberatio contingat, pignore verò solum creditorem mutet, & versuram faciat minor.

Nec obstat tex. *in d. c. cui de non.* quia ibidem non eadem, sed diuersa ratio minoris est, quæ est plurs, qui enim dignus censetur cui præbenda decem conferatur non ita honestè præbendæ valoris quinque seruiet, nec ita secundum eius existimationem, illud beneficium eo dignum videtur, fac. text. in *c. fi.*

t. si de transla. episc. vel elect. denique istud argumẽtum à minori non ita larè patet, vt à nostris doctoribus circumfertur, & ideo errant, qui dicunt in materia iurisdictionis, speciali iure hoc argumentum non valere, inter quos *est Socin. in. l. 1. in col. 9. infra quis & à quo app.* vid. etiam Dec. de hoc argumentandi genere *extra de elect. in. c. cum in cunctis. in prin.* vid. *decis. Rotæ. 136. in nouis*, latè *Deci.* qui tamen contra commu. *in. c. quia in tantum de prabend. nu. 5. cum sequen.* sed tamen explica melius, quàm ipse, per supra dicta, nec obstat noster text. qui videtur arguere à iure occidendi, ad potestatem auferendi bona: quia hoc argumentum non vt hoc euincatur inducitur: sed vt nouitatis admiratio excludatur, nec enim mirum est, vt l. quæ occisionem filij permittebat, & exhæredationis potestatem concederet, argumentum tamen de se sine lege non id euincerer, cùm diuersæ speciei maius & minus sint, ostendit tamen legis vim, qua vtrunque cautum erat, licet alterum desuetudo abstulerit, nam & pater iustissimè qui vitæ, necisque potestatem in filio olim habebat, libertatem adimere non poterat: vt in *l. fi. C. de patri. potesta.* quod minus est, vt in. §. *serui. insti. de iure persona.* & de hac patria potestate optimè per *Sigoni. libr. 1. de antiq. iure ciuil. Romano. in. c.* 10. & vi. & de ista patris potestate, & iure occidendi, lat. *Pinel. in Rub. de bo. mater. in 2. par. nu. 17. cum sequent.* vbi quid de matre an ei vendere liceat filium, & de pignore permutatione: & aliis, de mariti verò potestate iure Francorum vid. per *Tiraquell. in legib. connubia in. t. lege in gl. 1. in princ. & num. 6.*

Vltimò recentiores hîc multa tractant de successorio edicto, circa querelam inofficiosi testamenti, & circa ius dicendi nullum: vid. quæ latiùs diximus in. *l. si quis posthumos. in. §. si filium exhæredauero. supra eodem.*

SVMMARIVM.

Ex l. quod dicitur.

1 *An dicatur mulier peperisse, à qua secto ventre extrahitur partus.*
2 *Declinantes ad nostrum, an sint liberi.*
3 *Natus 6. mense, an præteritus rumpit, vel institutus succedat.*
4 *Momentaria quando operentur.*

VLPIANVS quod dicitur, filium natum rumpere testamentum: natum accipe, & si ex secto ventre editus sit: nam & hic rumpit testamentum, scilicet, si nascatur in potestate. quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rũpat? & hoc tamen rumpit.

1 Non tamen intelligitur peperisse, vt, *infra de verbo. significato. in. l. aniculus. in. §. fi.* secundum recentiores, quod intellige quantum ad vim verbi, sed iuris interpretatione, idem est, ac si peperisset: vt *eod. tit. in. l. etiam ea mulier.* & ita puto comprehendi statuto: & multo magis in institutione à patre facta, etiam si de actu pariendi meminerit, quia si interrogaretur, &c. & fac. *C. de inofficios. testam. in l. 3. & infra eod. in. l. Titius. in §. Lucius.* quicquid aliqui vellent & vid. *Tiraquel.* qui allegat optimas ll. in. *l. si vnquàm, verbo. susceperit liberos. in nu. 120. & 121.* & fac. quia dicitur filium habere, qui posthumum in vxoris ventre relinquit. *infra de manu. test. in. l. Neratius. inno. infra de colla. bono. in l. fi.*

Item oppon. *C. eod. in. l. quod certatum.* Sol. ibi ad monstrum declinabat & fac. *supra de statu ho-* 2
mi. in l. non sunt liberi. secundum, *Oppo. infra de verbo. signi. in l. quæret aliquis.* Sol. quoad implendam conditionem, liberi censentur, quia in ea factum non effectus inspicitur fac. *infra de lega. 1. in l. filius famil. in. §. cum quis heredem & C. de insti. & subst. in. l. si quis heredem & C. quand. die. lega. ced. in l. cum vxori.* extra illam autem materiam tales liberi non censentur.

Sed quæro, quid si filius 6. mense nascatur, quo secundum naturam natus diu viuere non potest, an procedat tex. noster? in hoc 3
Paulus. Comens. Alex. Christo, & Iass. hîc dicunt, hunc non dici perfectè natum, quòd requiritur in *d. l. quod certatum.* sed errant, quia si natus non integro corpore, ita quòd viuere non possit, filius ad omnes effectus censetur: vt hîc, ergo idem erit, si totus integer nascatur, licet viuere non possit, nec obstat d. l. quod certatum. quia loquitur de eo, qui perfectè natus non est, quia ante moritur, quàm totus in lucem edatur, scilicet si aliqua pars non esset extracta, quæ corpori esset coniuncta, secus autem si ea pars coniuncta non esset, sed diuisa, vt hîc, denique imperfectio quæ non impedit, quominus quis aliquo momento viuat, non impedit effectum filiationis, si id quod viuit totum sit extra matris vterum, etiam si vitale non sit, quod in d. specie contingit, & sic perfectio, quæ in *dicta lege quod certatum.* requiritur, eò pertinet vt aliquo momento viuat, non vt diu viuere possit, ideo natus 6. mense viuus, rumpere, & succedere potest, requiritur ergo vt totus nascatur, si totus vnitas sit, aliàs sufficit, vt ea pars extrahatur, qua sola viuimus: licet ea sola non rectè, nec diu viuatur, vt si caput & pectus venterque extrahantur coniuncta, licet brachia cruráque deficiant, fac. *de relig. & sumpt. fune. in leg. cum in diuersis.* & in hoc quod natura potest, & experientia ostendit, considerari debet, cum momentaria vita sufficiat, ex quibus malè *Fulgos. consi. 266.* quem sequitur *Hippo. de Marsil. singul. 206.* probat, quòd si quis quinto mense nascatur viuus, si ilico decedat præteritus non rumpit, quod falsum est, quod etiam si 6. mense contingat, idem erit contra præd. dd. nec his obstat, quod ipsi dicunt, aliud esse, quem naturaliter viuere.

Cõtra Paulũ & alios.

Cõtra Fulgos. & Hippol. de Marsil.

viuere non posse: vt in nato 6. mense, aliud ex accidenti, vt specie nostri tex. ideóque alter natus, non censetur, alter verò sic, licet vterque viuere non possit, nam hæc distinctio vera non est, cùm enim lex hoc solum consideret, an viuus natus sit, nihil de viuendi naturali potentia agendum est, nec de accidentali, contra prædictos & *P.P.Parisi.in consil.56.col.2. & 3. volum. 2.* nec enim lex est qua hoc probetur.

4 Ex his & nostr. tex. not. quòd momentaria operantur, ac si durarent: fic. *infra. de reb. dub. in l. quod de pariter. cum. ll. sequent. & in. l. qui duos. & in. d. l. quod certatum. cum. l. praced.* quod verum est in his, quæ iuris sunt, quia tunc lex momentariè operatur, nec tempus consumit, vt. *d. ll. & supra de pecul. in l si peculium. 2. §. sed & creditor. & infra de cond & demonstr. in. l. Iulianus.* secus verò in his quæ facti sunt, vt *C. de bon. quæ. lib. in. l. fi. § si factum* enim quod non durat, nullam vtilitatem affert: *vt. infra. de Solu. infra. in. l.* quæ sic soluit, ex quibus malè loquitur *Francis. de Rip.* quem refert *R. episco. Segobiens. in lib. 1. varia. resolutio. in. c. 14. in princip.* qui tenet, posse contrahentes pœnitere in continenti, post perfectum contractum, nam si vtriusque consensum ponas ex interuallo etiam operabitur, si alterius, nec incontinenti potest aliquid immutare, quod not. ad intell. in *l. perfecta donatio. C. de donatio.* quę sub mod. de qua ipse loquitur, de qua latissimè scripsimus in lib. de redditib. ecclesiast. in 1. part. in c. 4. num. 10. vbi contra eius opinionem adduximus textus expressos. Item add. quod lex nostra per legem regni nostri emendata est, qua requiritur, vt quis 24. horas baptizatus viuat, vid. *Acost. infra. §. & quid si tantum. in. l. gallus. in pag. 221. nu. 95.*

Cōtra Rip.

SVMMARIVM.

Ex l. si ita scriptum.

1. *Noua species fingitur.*
2. *De intellect. in. §. praferuntur. de senatusconsul. Tertul.*
3. *De intellect. c. de auctoritate. de præbend. in lib. 6.*
4. *Sub simplicibus, continetur casus mixtus.*

IVLIANVS si ita scriptum sit. Si filius mihi natus fuerit, ex besse hæres esto, ex reliqua parte vxor mea hęres esto, si verò filia mihi nata fuerit, ex triente hęres esto, & reliqua parte vxor hæres esto, & filius & filia nati essent, dicendum est assem distribuēdum esse in septem partes, vt ex his filius quatuor, vxor duas, filia vnam partem habeat, ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit quàm vxor, item vxor altero tanto amplius quàm filia, licet enim subtili iuris regulæ conueniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex vtroque nato testator voluerit vxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est, quod etiā Iubentio Celso apertissimè placuit.

Nota l. elegantem & secundum eius computationem vera videtur glo. *C. de iure delib. in. l. fi. verbo consumatiouem,* adde tamen quod istam cōputationem non videtur obseruasse antiquitas, vt *instit. de senatuscons. Tertul. in. §. præferuntur.* nam secundum nostri text. obseruationem, debebat filia in sua parte matrem admittere, sed potest aliter dicere, fingendo nouam speciem si filius mihi nascatur, eum hæredem instituo; si vero filia, ea cum matre hæres sit: si filius filiaque nascantur, secundum huius legis computationem videtur, vt filio mater nocere non possit, sed filiæ, vt filius medium hæreditatem vendicet sibi, filia verò in sua parte admittat mattem, sed hoc verum non est, quia mater 2 omnino excluditur vt in *d. §. præferuntur. in si.*

Sed oppo. noster text. videtur contra, solutio, in d. specie mens clara est, & verba quibus à filio mater excluditur, ideo per filiam admitti non potest, cum potior sit causa ad prohibendum, maximè quia deficit conditione mater, at in nostri tex. specie vtroque casu est mater instituta, siue filius, siue filia nascatur, vt dicit text. licet partium alio modo sit habenda ratio, ideo filius aliquid debet amittere, cùm augeantur personæ honoratæ: fac. tex. *infra de iure cod. in l pe.* sed parum ei aufertur, vt ex computatione apparet.

Item adde quòd videtur similis computatio, arguendo de potiori in portione, ad potiorem in tempore, *extrau. de præbend. libr 6. c. auctoritate Martini.* ibi tamen fit prælatio in totum, quia 3 illa materia, non vt nostra recipit diuisionem, vid. glos. hic, quæ allegat singulares concordantias, sed contra istum text. oppo. fortiter, quòd huius diuisio sit contra ius, nam ex verbis institutionis expressæ non infertur ad institutionis tacitæ portiones: vt *infra de heredi. instit. in. l. quotiens. in. §. si duo.* Solut. ibidem diuisio expressa non trahit ad se tacitam institutionem, quia expressum est minus cùm ad commodum, tacitum verò ad ius hęreditarium referatur, quod maius est, vt *supra de petit. hered. in. l hereditas,* etiam sine corpore, hic verò partes hæreditariæ factæ sunt à prædiij, denique diuisione regulati, non potest hęreditatis diuisio, sed à diuisione alia facta in hęreditate sic, vt hic *& C. de impub. & Alc. in. l. 1.*

His visis, not. dd. ex isto tex. quod sub simpli- 4 cibus continetur casus mixtus, humanitatis intuitu, de rigore enim non idem esset, ideo inquit *Bar. infra de condit. & demonstr. in. l. cum auus. in fi.* quod si testator dixerit, si filius meus decesserit sine filiis masculis, & si habuerit fœminas, restituat medietatem, si masculum, & fœminam habuerit, nihil restituere tenetur, cessat enim æquitas casu mixto: sed certè licet dictum sit verum, tamen errat, Bar. & dd. hoc ex censura casuum mixtorum deducendo, cùm in specie proposita, nato filio, deficiat fideicommissi conditio, cum eo casu, quo habita fœmina grauarit in defectum masculorum id disposuerit; qui

Cōtra Bart.

qui maſculi in ſpecie propoſita non deficiunt? an autem rigor, vel æquitas caſibus mixtis conſideretur infra dicetur.

Item ex hoc tex. inferunt dd. ad quæſtionem de equa prægnante vendita, ea lege dicta, vt partus ſit emptoris, ſi maſculinus ſit, ſi verò fœmineus venditoris, ſi vtrumque pariat ex noſtro tex. decidi poteſt, in quo tamen *Bar. ſupra de cond. ob cauſ. in. l. ſi extraneus.* ita diſtinguit, aut cõſtat quis primo æditus ſit, & tunc clarus caſus eſt, quia de illo verba contrahentium debent intelligi, vt *infra de verb. ſigni. in. l. bones. in. §. hoc ſermone. in. l. ſi fuerit. in. § ſi. infra de reb. du.* ſi vero non conſtat quis prior editus ſit, fit diuiſio ſecundum caſus ſimplices, vt hic, ſed in primo membro non benè loquitur Bar. quia vnus partus eſt, licet plures naſcantur, vt *ſup. de ſtatu homi. in l. Arethuſa.* ideo omnes nati ex illo non primus ſolus in dicta conuentione compræhenduntur, & ita contra Bart. tenet *Soci. infra de reb. dub. in dicta. l. ſi fuerit in. §. ſi. in. 2. membro* benè dicit *Bart.* nam & in primo hoc debet ſeruari, vt ſecundum noſtri tex. deciſſionem expediatur hic caſus, purificata enim eſt conditio, nec debet vbertas vel ſuper abundantia nocere. *Cõtra Bart.*

Sed finge quòd ita facta fuit ſtipulatio, vel conuentio inita, vt ſi maſculus naſcatur 10. pro eo, ſi vero fœmina 8. dentur, ſi vterque naſcatur an idem obſeruari debeat, vt 18. pro ambobus dentur? reſpondeo non eſſe danda decem & octo: vt infra apparebit, volunt igitur dd. quòd ſub ſimplicibus cõtineatur caſus mixtus, ſi materia fauorem contineat, non etiam ſi odium.

3 Sed contra iſtam diſtinctionem eſt caſus. *infra de adul. in. l. vim paſſam. in. §. praſcriptionis.* vbi in materia fauorabili, ſub ſimplicibus non continetur caſus mixtus, ita enim debet ille text. intelligi, vt dicam. *infra in l. gallus. in § & quid ſi tantum. in nu. 33. cum ſequent.* de qua dic. vt ibi.

Itemque in materia odioſa, ſub ſimplicibus compræhendatur caſus mixtus: probat. *infra tit. prox. in. l. ſi ita facta.* ſecundum Iaſſ. nam noſter tex. in exhæredatione quæ odioſa eſt, locum habet, vt ibid. non in partium diſtributione, quæ in exhæredatione non datur, ſed in caſuum compræhenſione, ſed ad illum tex. dupliciter reſpond. Iaſſ. quod materia exhæredationis fauorabilis eſt, cum ab eius validitate teſtamenti validitas dependeat, ſed hoc falſum eſt, vt *ſupra eod. l. cum quidam & ſupra eod. in. l. 2.* diximus. *ſupra eod. in rubr. 2. mod. ſol. Iaſſ.* quòd ibidem, verba hæc, ſi filius, filiáue naſcatur &c.] copulatiuè accipiantur: ſecundum *Bart. ibid.* quod ſi verum eſſet, ſemper ſub ſimplicibus caſus mixtus poneretur, & quæſtionis eſſet vtrum caſus mixtus compræhendat caſus ſimplices, & ideo hic intellectus non placet, quia maiorem dubitationem excitat, nec ea mens eſt illius legis, finge enim ita dixiſſe, vt Barto. interpretatione contingit, ſi filius & filia mihi naſcantur hæredes eſtote, altero nato quæſtionis erit, an is exhæredatus rectè videatur. *Cõtra Iaſſ.*

Ideo omiſſis doctorum opinionibus (in hac enim materia hallucinantur planè) conſidera, quòd licet mixtum id proprè dicatur, quod corporibus conſtat, vt *de vſuca. infra in l. rerum mixtura.* tamen & caſuum, & factorum, poteſt mixtura dici, in quibus dic quòd ſi mixtum ex ſimplicium altero, natura magis potens ſit, vt alterum ſimplicium abſorbeatur, tunc illi ſimplici mixtum attribuitur, & eius lege cenſetur, vt *ſupra de ſtat. hom. in. l. quæritur hermaphrod. ſupra eod. l. ſed eſt quæſitum.* aut mixtum vtriuſque vim retinet, ita quòd alteri tribui totum non poſſit, tunc diſtingue, aut materia eſt infinita, aut finita reipſa, vel intentione, primo caſu, ſub ſimplicibus caſus mixtus compræhenditur, ſiue materia fauorabilis ſit, ſiue odioſa, & ſecundum ſimplicis naturam in mixtis fit diſtributio, niſi mixtum habeat ſuam ſpecificam diſpoſitionem: tunc enim non eget tali interpretatione, ſi verò materia eſt finita, ex ſimplicibus non fit diſtributio ad mixtum, eſt enim mixtum maius, quàm vt ſub ſimplicibus poſſit comprehendi, niſi ex æquitate & diſpenſatione, vt hic, exépli loco, ſi filius familias rem patris furetur, furti non tenetur, quam ſi exterus furaſſet; furti reus eſſet, ſi vterque eam rem ſimul furentur, filius non tenebitur, exterus tenebitur, vt *inſti. de oblig. quæ ex delict. naſ. §. hi qui parentum. fac. infra de furt. in l. ſi quis vxori.* quia materia infinita eſt, & diſpoſitio cum de hoc, & de illo & in infinitum ſit actio furti conſtituta, & de hoc filio, vel illo ſit in infinitum excluſa, & ita, quælibet pars mixti attribuitur ſuo ſimplici, de quo dicemus latè. *infra in. l. ſi filius hæres. in nu. 45. cum ſequent.* item ſi exhæredo filium naſciturum, vel filiam, exhæredatus eſt & filius & filia, ſi ambo naſcantur, quia cum exhæredatio ſit priuatio, ideoque infinita ſit, partes non continet, ideo ex adiectione perſonarum non alteratur, & ita intellige. *d. l. ſi ita.* ſi verò materia vel intentio eſſet finita, contra erit, vt ſi filius naſcatur, hæres eſto: vel ſi filia, ibidem hæres eſto, ſi ambo naſcantur, non capit eos hæreditas ſecundum intentionem defuncti, ſi portionem cuilibet deſtinauit, non enim ſicut adiectio perſonarum non minuit exhęredationem, ita non minuit inſtitutionem, minuit enim, ideo æquitas in inſtitutione neceſſaria eſt, qua hi admittantur, ex bono & æquo hic caſus admittendus eſt, vid. quæ dicam infra *l. Titius. in princ.* & ad hæc faciunt, quæ *Bartol. ponit infra eod. in. l. gallus in. §. quidam rectè circa finem in nume.* 11. ſpecies igitur noſtri text. in exhęredatione, planè procederet iure communi, in inſtitutione, æquitatis cauſam admittit, item ſi pro partu equæ ſi maſculum pariat 10. promiſſi, ſi fœminam, 8. ſi vtrunque pariat non vtrunque 18. minus capere debeo, intentio enim mea ad vnum referebatur, nec fortè duo emiſſem, cum non vltra decem, ad plus expendere ſtatuiſſem, quid igitur in ea ſpecie conſtituendum erit? certè vel vitiatur contractus, vel

is, qui

is, qui emptioni stare velit, alteri optionem dabit equum vel equam dandi, argum. *de iure dot. supra in l. plerunque.* eum enim tunc appello debitorem, & reum, qui conuenitur, vt eius optio fntura sit; vel dici posset: quòd si emptor vtrunque velit, debeat sibi venditor vtrunque dare precio 18. quia ex parte venditoris infinita materia est, dum non sibi aliquid reseruasset ex parte, sed in emptore, qui vltra 10. expendere nolebat, finita materia est, ideo non potest compelli vt plus quàm decem expendat, nisi esset mercator, qui plures pullos equos emere statuerat, quia tunc materia non esset restringenda ad dicta 10. sed comprehenderent 18. facit tex. in *l. rogasti. & in l. si ego.* ibi, quia secundum voluntatem dantis,] qui est text. singularis ad hoc supra, si cert. peta. sed venditor poterit compelli, vt vtrunque vendat, nec dici poterit. claudicare contractum, non esse permittendum, quia ex intentione partium, quæ ex supradictis colligitur, hoc permissum est.

Optio singularis.

Sic in quæstione legitimationis quam ponunt dd. hic, de qua dicam infra in §. & quid si tantum, si concedatur alicui legitimandi potestas adulterinum, vel incestuosum, si quis ex adulterio natus sit, & incestu; legitimari non poterit, intentio enim limitata est ad hos faciliores casus; ita vt grauiores comprehendere ea facultas non possit, cessatque in ea specie affectio, quæ hic in testatore datur, & casus mixtus granior simplicibus est, & maior defectus huius illegitimi, quàm aliorum duorum, ex simplicibus causis illegitimorum: argum. *supra fami. her. in l. Menius. in §. fi. cum glos.* distingue ergo, an sub simplicibus casus mixtus comprehendatur, & tunc aut mixtura constituitur grauior, grauior casus simplicibus, tunc non comprehenditur illi casus, vt dixi in *d. §. & quid si tantum.* nullibi enim tale admittitur argumentum: vt de minori ad maius fiat consequentia, maxime in mandatis: aut non constituitur grauior casus, tunc, aut materia est infinita, aut finita, vltimo casu, ex æquitate quadam concurrente testamenti fauore, & verisimili testatoris voluntate casus mixtus admittendus erit, vt hic, fac. *infra in l. Titius. & C. de inofficios. testament. in l. 3. infra in l. Gallus. §. & quid si tantum.* & ita intelliges quando sub simplicibns casus mixtus comprehendatur, & vi. text. in *l. si viua matre. in fin. C. de bono. mater.* & text. *in authen. de non eligend. secund. nub. in §. aliud verò. in fi. in colum. 1.* vide latiss. *Crot. in d. §. & quid si tantum. numero 24. cum sequent. Iason in §. omnium. numerò 18. & ibi Gomez. numero 26. de actio. Alcia. lib. 3. de verbor. signifi. numero 59. Tiraquellus post leges connubia. in glos 5. numero 69. cum sequentib.* vide *Cassia. deci. 5. numero 1. de rescrip.* videque *Couarr. de spons. secunda parte. c. 8. §. 8. n. 9.* vid. moder. in *l. 3. infra de verbor. obliga.*

Franc. Sarmient.

SVMMARIVM
ex §. regula.

1. *Iste tex. optimè situatur sub hoc titulo, contra Ias.*
2. *Opp. huius l. male soluit Bar.*
3. *Hæreditas eod. testamento quo data est, adimi nō potest.*
4. *Quid de libertate quæ est necessaria ad hæreditatem.*
5. *Quare hæreditas eodem testamento adimi non possit.*

§ REgula est iuris ciuilis; qua constitutum est, hæreditatem seruo adimi non posse, propter quam libet, & hæres esse iussus sit, itaque quamuis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus & libertatem & hæreditatem habebit.] Oppo. quod hic tex. 1
non facit ad titulum istum de liberis & posthumis, quod Iason fatetur, sed dic, quòd imo oportunè hic casus subiicitur, quia si tolleretur libertas vel hæreditas, nullum esset testamentum, ideo primum tollere non posset, vt sup. eod. in *l. si filius qui in potestate. & in l. si quis posthumos. in prin.* de quo in hoc tit. sæpe agitur; cum vero tolli libertas, vel hæreditas non possit, valet, & contra tab. bono. possess. poterit expugnari, & tollet primum, vt *infra de bono. possess. contra tab. in l. ex duobus. in §. si prius.* & add. quod iste est malus. *§. secundum Bar.* cùm tamen sit satis facilis, oppo. cum eo *infra, de lega. 1. in l. seruum filij. in §. si idem seruus.* Sol. secundum Bar. ille tex. in legato, at, noster in hæreditate locum habet, & licet ille tex. non bene probet id, ad quod allegatur, dubium tamen non est, quòd si seruo libertas & legatum relinquit, alterum posse tolli: de legato dubium non est, *infra de adim. leg. in l. rem legatam.* & idem de libertate, ex cuius ademptione, & aliud legatum corruit. *C. de lega. in l. seruis.* nisi seruus legetur. & ratio differentiæ inter legatum, & hæreditatem est, secundum Bart. quia legatum consistere potest sine libertate, & è contrario, hic verò non idem, ideo alterum auferre non potest, sed hæc ratio mala 2
est, vt infra apparebit.

Item opp. *infra mil. testa. in l. si certarum. in §. eodem.* Sol. speciale est in milite, secundum Bar. quod verum est, sed ille text. non loquitur de libertate, ratio autem in milite ea est, quia miles potest hæreditatem sine libertate adimere, quæ ratio non est bona: vt infra dicemus.

Item opp. cum Bar. quòd voluntas testatoris seruanda sit. Solu. secundum eum verum est, si ea solemnis sit, secus verò si solemnis non sit, vt hic, in quo benè dicit, sed in eo quod dicit, idèo solemne non esse, quia alterum tantum ademit, non dicit benè: in eo autem quod dicit, textum nostrum locum non habere, si seruus non solus, sed cum alio esset institutus, dubium est, vt infra dicemus, quia *d. §. si eod.* indistinctè loquitur, sed cogita.

Quæro cum Bart. si quis seruum cum libertate hæredē instituat, posteaq; vtrūque adimat (quod potest, vt hic) quæ voluntas hæc dicetur. *Bar.* in hoc relinquit cogitandum, sed ridi-

cula hæc quæstio est, quia nulla voluntas est, vt statim dicam, ad horum omnium intelle-
3 ctum præmitte. quòd si homo liber in testamento hæres scribatur, & in eodem testamento hæreditas adimi non potest, vt *infra de mili. testa. in l. militis codicillis. in §. veteranus. & in l. si certarum. in §. eodem.* ex eo autem solo quibus mod. testam. infirmentur, quod hæreditatem tantum respicit, legata enim eodem testamento quo dantur, adimi possunt: vt *per tot. de adi. legat. infra & in d. l.* sed quid si seruus cum libertate, hæres instituatur, vtrum possit ei adimi hæreditas, item an libertas, item an vtrunque, & respondetur nihil horum, nec hæc omnia adimi possunt, non per rationem Bartol. quòd alterum sine altero adimi non possit, nam secundum istam rationem, vtrunque adimi posset, quod verum non est, quia si seruo proprio libertas sit relicta, cum alio legato, non potest sola libertas adimi, quin legatum ademptum sit, sed per ademptionem libertatis legatum cessat, vt in *l. fi. infra de adimend. legat.* cum libertas adimitur (inquit *Venulei.*) legata seruis relicta nihil attinet adimi.

4 Sed opponitur, legata adimi possunt, ergo libertas quæ legata est, adimi poterit: Solut. verum est, nisi vbi libertas relicta necessaria est ad capiendam hæreditatem, tum enim sicut hæreditas adimi non potest, ita nec libertas ne in consequentiam permittatur, quod principaliter prohibitum est, ideo libertas hæreditatis naturam, vt adimi non possit, sortitur: & pro hoc est text. *infra de haredib. instituend. in l. sed si conditioni. in §. sed si sit cum libertate.* sic & aliàs libertas necessaria ad hæreditatem, naturam hæreditatis sortitur: *infra de hered. instituend. in l. qui filio. §. seruus.* ideo hic libertas adimi non potest, quia adimeretur hæreditas, quæ adimi eodem testamento non potest, quo data est, ideo & ita quæstio Bar. inepta est, quia vtrunque etiam tolli non potest, nec in codicillis libertas tolli possit, quia operaretur hæreditatis ademptionem, quæ in eis fieri non potest: vt *C. de codicill. in l. hareditatem.* arg. *infra de iure codicillo. in l. diuus. in princip.* imo neque adiici conditio institutioni potest, nedum vt in totum hæreditas adimatur, vt ibi.

In milite autem hic text. non procedit, quia miles potest, hæreditatem in eo testamento, in quo dedit adimere, vt *d. §. in eodem,* ideo summarium Bart. adest. text. bonum non est. Sit igitur regula, quando sunt duo, quorum alterum sine altero stare non potest, tollendo vnum, alterum videtur sublatum, vt *infra de adimend. leg. in l. fi. §. fi.* pro hoc *infra de iure codicill. in l. pen. in fi.* & hoc quando vtrunque potest expresse tolli, aliàs verò secus, vt hic, quando igitur sunt duo, quorum alterum sine altero stare non potest, qui expresse tolli non possunt nihil fit, alterum adimendo: vt hic, aliàs verò si ambo expresse tolli possent, sufficeret alterius ademptio, vt totum corrueret. vt in *d. l. fin.* nec obstat *eod. titul. de adimend. legat. in l. 1.* vbi inquit *Paulus*, qui actu legato iter adimit, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest. & *Vlpianus in l. 3. in §. si loci,* Si loci vsum fructum leget testator, & iter adimat, non valet ademptio, neque vitiatur legatum, sicuti qui proprietatem fundi legat, iter adimendo legatum non minuit.] & *Florenti. in l. legata inutiliter. in fi.* ademptio inefficax habetur, veluti si viam pro parte adimas, aut pro parte liberum esse vetes.] quia procedunt, quando vnicum est legatum, quod iuris declaratione plura continet, quæ diuisa aliam speciem constituunt, nos loquimur quando plura expresse data sunt, & hæc est veritas, & ex his puto, quòd si miles in specie nostri textus adimeret libertatem, adempta esset hæreditas: licet enim sine libertate, miles seruum instituere possit, verum est tamen, ei non dando expresse, non tamen ei denegando, nam vt hæres sit liberum esse oportet, nec militis priuilegium aliud admittit.

Sed quæro, quare hæreditas eodem testamento, quo datur adimi non potest, respondeo, ademptio sicut & alia testamento contenta, aditionem requirit, post aditionem autem frustra adimitur hæreditas, vt *infra de haredib. instituend. in l. ei qua soluendo.* pro hoc *infra de manum. testament. in l. Stichus seruus meus.* ideo fortè aliud esset si cohæredem haberet, cuius aditione ademptio firmari possit, cogita licet *Bart.* videtur dicere quòd sic, & in *l. sed si in conditione. in §. fi. & Cuma. & Imol.* & nota quòd *Bar. num. 3.* est corruptus, debet dicere adimi, vbi dicit relinqui, illud autem dubium non esset, institutioni purè factæ in eodem testamento, adiici posse conditionem: vt *C. de instit. & substit. in l. pen. & infra de hared. insti. in l. si pater.* sed non idem dicemus de ademptione, quæ institutioni contraria est. 5

Sed oppono, quod possit adimi hæreditas, data in eodem testamento: vt *in le. 1. in §. & cum hereditas. de his, qua in testam. debent infra.* Solu. verum est per actum facti, delendo vel rumpendo testamentum, non autem per actum verbi, vt dictum est. quia d. §. debet referri ad materiam text. præcedentis: vt *ibid.* declarat *Bar.* vltimo adde in quantum *Bar.* hic alleg. *l. infra ad Trebell. & infra de bon. auth. iudi. poss.* quod ll. illæ non faciunt ad propositum huius legis.

SVMMARIVM

ex §. testamentum.

1. *Error Ias. & defenduntur dd.*
2. *Aliud est dicere post mortem, aliud cum moreretur.*
3. *Singularis intellec. in l. fi. ff. de condi. institutio. & in l. qui in aliena in §. interdum. infra de acquir. haredi.*

§ TEstamentum, quod hoc modo scribitur, Titius post mortem filij mei, hæres esto, filius exhæres esto, nullius momenti est, quia

quia filius post mortem suam exheredatus est, quare & contra tabulas paternorum libertorum huiusmodi filius bonorum possessionem accipere poterit.]

Oppo. quòd valeat exhæredatio, quia ritè facta est. Sol, secundum glo. imò non est, cum interim filius præteritus sit, ideo non valet, ex quo sentit glo. quòd si filius exheredetur / Titio hærede instituto sub conditione, quòd nõ valet exheredatio, cum interim dum conditio pendet, præteritus sit, sed hoc falsum est: vt *infra tit. prox. in l. nam etsi sub conditione. & in l. si quis filio exheredato. in princ.* ideo ratio glo. non est bona. Sed ratio est, quia filij exheredatio tantum post eius mortem vim sumere posset, ideo non valet, vt hic per Bart.

1 Sed contra hæc satis confidenter insurgit *Ias.* dicens dd. malè sibi constare, quod ipsi probent glo. positam *supra eod. l. 3. §. filius. verbo submouebitur.* quæ vult, quod ideo filius non potest exheredari sub conditione, quod interim præteritus reperiatur, quod & glo. hic firmat, reprobatur tamen per dd. & ita sunt sibi contrarij, sed errat Ias. aliud est enim filium sub conditione exheredare. quod non licet, ex eo, quod interim præteritus sit filius, quia exheredationis substantia in tempus confertur, aliud verò filium purè exheredare, hærede alio sub conditione instituto, hoc enim casu, exheredatio pura est, quoad substantiam, ideo filius aliquo tempore præteritus non est, cum purè exheredatus sit, licet confirmatio exheredationis aditionem expectet, & per consequens cõditionis euentum: vt *infra de bono. poss. contra tab. in l. filium. in §. cum exheredatio. & infra ad senatusconsul. Silanianũ in l. cum exheredatus.* denique aliud est conditionem exhæredationi adijcere, aliud institutioni, altero enim casu exhæredatio ante conditionis euentum filius præteritus est, secundo verò semper exheredatus reperitur, contra glo. hic, & sic ratio *glo. d. l. 3. in §. fi.* vera est in materia qua loquitur, hic verò falsa est, diuersitate specierum quibus ratio applicatur, quia altero casu conditio suspendit exheredationem, altero vero confirmationem exheredationis, quæ maximè differunt, vt diximus in *dicta l. 3. in §. pure.*

Sed oppo. quòd institutio post filij exheredati mortem valeat: vt *infra de condit. institutio. in l. fi.* Solu. secundum *glo. ibi* non solum fuit hæres sub conditione institutus, sed alius etiam purè fuit scriptus, quod *Bart.* probat: sed hic intell. diuinat ad illum tex. *& ipsemet ibidem* reprobat istum intellect. ideo dic, quòd vera solutio est, quòd hæc inter se differant, quem institui post filij mortem, & cum filius moreretur, primo casu loquitur textus noster, in quo viuente filio hæres esse non potest, secundo vero loquitur lex contraria, quo moriente filio, hæres in filij vita scriptus esse potest. differunt enim post mortem, & cum mo-

2 reretur: vt *infra de manu. testa. in l. qui duos. in §. 1. Franc. Sarmient.*

& ideo exhæredatio videtur induci in l. fi. quia purè facta est, & possibile eam in vita filij confirmari, quod sufficit, vt dixi, & istam solu. sequuntur dd. quod eleganter contra Alcia. explicat *Acost. infra in l. Gallus in §. & quid si tantum. pag. 6. numer. 8.* ex quo erit cautio, ne filius querelam contra testamentum instituere possit, vt eo purè exheredato, cum ipse moretetur, aliquis hæres scribatur; nam quo pacto eam moriens instituet, sed ex infrà dicendis veritas huius puncti apparebit.

Vnum tamen notandum censeo, quod à nostris omissum est, sine quo dicta lex fina. intelligi non potest, quòd supradicta, scilicet quod valeat illa exheredatio pure facta, scripto hærede in tempus, quo filius moriatur, 3
in quo casu *d. l. fi.* loquitur, vera sunt, si hæres scriptus nepos sit ex filio exheredato, cum enim futurus sit suus, vt *infra de acquir. hered. in l. qui in aliena. in §. interdum.* suitas illa eo momento, quo incipit mori filius, exheredationis confirmationem operatur, & hæreditas per nepotem statim filio quæritur, & sic in vita filij confirmabilis est exheredatio, at, si exterus institutus esset, cum filius exheredatus moretetur, licet filio incipiente mori, extero hæreditas deferatur, non tamen viuente filio potest hæreditatem adire, cum certo scire non possit hæreditatem sibi delatam, ideo exheredatio nullius momenti esset, vt hic, licet enim hanc obseruationem, quo ad illam l. fi. alias reprobauerimus contra *Aret. in d. l. si filius heres. col. 9.* quod ibidem de sola delatione agatur, non aditione, cum nepos sit futurus tuus, tamen in specie nostra qua fingimus exterum institutum, nec sola delatio sufficit, vera est hæc obseruatio. quomodo enim scire potest quando quis mori inceperit, absque eo quod falli possit, nisi iam eo defuncto; errare enim posset naturæ terminis ignoratis, denique facere hæredem nepotem eo momento, quo incipit filius mori, lex, quæ certa est eorum de quibus natura est certa, & tempus in suis actibus non consumit, sine dilatione potest, in aditione autem quæ actus hominis est, certitudo hæc possibilis non est, ideo talis aditio tũc impeditur, vt *infrà de acquir. hered. in l. qui hereditatem. & in l. is qui heres. in §. si quis dubitet.* & melius in *l. heres institutus.* & ex his patet quod in specie *d. l. fi.* filius exheredatus per nepotem, filiumque suum hæres effectus decedit, vt in *d. §. interdum.* quod est singulare, alia quæ hic sunt in glos. explica. vt per Ias. item opp. *infra eod. l. filius à patre.* Sol. vt ibidem dicetur.

Singularis interpretatio l. fi. de conditio. instit.

SVMMARIVM

ex l. si posthumus.

1. *Intellect. l. si exheredatus. infra ad Silanian.*
2. *Interpretatio l. pen. de iniust. rupt.*
3. *Exheredatio à gradu vel à persona quando valeat.*

A *Fricanus*, Si posthumus à primo gradu exhæredatus, à secundo præteritus sit, quamuis eo tempore nascatur, quo ad hæredes primo gradu scriptos pertineat hæreditas, secundum tamen gradum vitiari placet, ad hoc vt prætermittentibus institutis ipse hæres existat. imo & si defuncto eo, hæredes iostituti omiserint hæreditatem, non posse substitutos adire. itaque etsi à primo gradu exhæredatus, à secundo præteritus, à tertio exhæredatus sit, & viuentibus primis & deliberantibus, decedat: quæri solet omittentibus primis aditionem, vtrum ad eos qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos hæredes pertineat hæreditas, quo & ipso casu rectius existimari putauit, ad legitimos eam pertinere, nam & cum duobus hæredibus iostitutis, & in singulorum locum facta substitutione, à primis exhæredatus posthumus, à secuodis præteritus fuerit, si alter ex institutis omiserit, quamuis posthomus excludatur, non tamen magis substitutum admitti.

Iste tex. vsque ad vers. nam, & cum duobus, concord. cum *l. supra eod. l. si à primo. & infra tit. prox. in l. nam & si sub conditione.* dic, vt *supra eod. l. 3. in §. fi.* vbi omnino, veoio ad *vers. nam & cum duobus*. & not. quòd si posthumus exhæredetur à primis, & prætereatur à secundis, si vnus ex primis repudiet, oon iuttat substitutus, licet excludatur posthumus, sed defertur hæreditas venientibus ab intestato.

Sed oppo. quòd ooo sit exclusus posthumus in specie proposita, imo scriptis præfetatur. *infra tit. prox. in l. pen.* Solu.. secũdum *Bar. hic* posthumus excluditur morte, mortuus enim fuit, antequàm hæreditas à primo esset repudiata, secus autem foret, si viueret, vt in *l. contraria*, & ita in hac vltima specie ponimus posthumum decessisse.

Sed oppo. si posthumus decessit, ergo eonualescit gradus à quo est præteritus, & ita admitti deberet substitutus, vt *infra tit. 1. in l. si posthumus*. Sol. ibi natus est, & decessit viuo patre, hic verò iam mortuo, ideo testamentum, quod nullum post testatoris mortem factum est, morte præteriti conualidari non potest, & pro hoc quod dicitur in illa l. quamuis eo tempore,] &c. & ibi, & deliberantibus.]

Sed oppo. si decessit mortuo patre, ergo non excluditur, quia licet moriatur aotequàm repudiet institutus, à quo est exhæredatus, & sic nondum esset destitutus primus gradus eo viuo, tameo sufficit quòd eo mortuo destituatur, vt transmittat, quia si Titio instituto, me pater exhæredauerit, egoque deliberaute Titio moriar, si postea repudiet, repudiatio ad mortem testantis trahitur, & ego transmitto hæreditatem, & ita iu hac specie firmat *Bal. C. de lib. præter. in l. 2.* sed eum reprob. *Iass. hic, & supra eod. l. si à primo. col. 1.* sed pro Bal. alleg. tex. qui videtur expressus *infra ad senat. consu. Sillam. in l. si exhæredatus filius.* cui in publica disputatione, nullus sciuit respondere, cum eum ego allegatem pro Baldo, inquit lex, Si exhæredatus filius, antequàm adiretur patris hæreditas occisus sit, ex euentu inspicietur vt si adita fuisset hæreditas, quasi alieni fuisse videantur, si verò irritum testameotum factum sit, quia ipsius essent si viuerent, omnia perinde agantur ac si dominus esset.] Ecce text. qui vi- *Contra*
detur expresse doctrinam Bal. probare, sed mi- *Bald.*
hi non placet opi. Bal. quia ooster text. sentit oppositum, & est tex. io hoc sing. nec obstat *lex illa, Si exheredatus*, quia fateor quòd fi- 1
lius, qui iu proposita specie decedit, non videtur exhæredatus decessisse, sed neque dicetur hæreditate ei delata decessisse, quod requiritur vt transmittere eam possit, nec dicetur suus hæres decessisse, sed dicetur non exheredatus decessisse, vt senatoscoosulto Sillaniano vti possit, quod non requirit filium esse suum hæredem, sed sufficit non esse exheredatum, vt *in eodem tit. in l. 1. in §. domini, vers. ego puto, & in §. si pater.*

Sed opponitur quòd nõ solum excludatur substitutus, verum & alter, qui sit in primo gradu, à quo exheredatus est posthumus, vt in
d. l. pen. Solu. verum hoc est, nam hic noo solum 2
substitutus excluditur, sed & primus institutus, oam cum secuodus gradus nullus subrogetur loco primi, eum reddit vitiosum. Sed oppo. nam *in eadem l. in 2. specie* admittitur institutus in totum. Sol. ibi idem met erat institutus & substitutus, ideo primus gradus noo vitiatur, sed totum habet institutus, idemque substitutus.

Sed quæ est ratio differentiæ in propositis speciebus? respondeo secundum Bar. quod in altera, cum noo idem sit substitutus & coniuoctus, cessat ius accrescendi, ideo iottat gradus substituti, qui vitiosus est, & ita totus gradus vitiatur, sed quando idem & substitutus & coniunctus est, locus est iuri accrescendi, ideo non fit descensus ad secundum gradum, nec secundus gradus ascendit ad primum, ideo ex primo qui vitiosus non est, hæreditas habetur.

Sed quare io vtraque specie noo est locus iuti accresceodi? respondeo, quia eo tempore. quo debet fieri accretio est ruptum testamentum, eo enim momẽto, quo locus substitutioni fit, hæreditas eo gradu residet, & eo momento, quoad eum gradum peruenit, suo vitio eam afficit, secus verò vbi idem est coniunctus, & substitutus, quia tamen hæreditas non versatur circa substitutionem, quę eo casu non est fortior cooiuoctione, imo coniunctionis iure vti solet. *infra de acquir. hæred. in l. qui patri.* potes etiam subtilius dicere præmisso, quòd exhæredatio à persoois ita demum valet, quando nulla remanet, à qua filius præteritus dicatur, vt latius explicauimus *supra eod. l. 3. in §. filius in d. l. pen. in prima specie*, & hic exhæredatio fuit facta à me & Titio, fuit præterea ubstitutus nobis Caius, Titio repudiante, in-

trat

tra: Caius substitutus, à quo filius exhæredatus non est, sed præteritus, testamentum ergo nullum est. cum apud Caij gradum, à quo filius exhæredatus non est, hæreditas versetur, sed in secunda specie repudiatione Titij non adiicitur persona, à qua filius exhæredatus non sit, cum idem institurus substitutusque sit, ego enim Titio coniunctus, partem eius occupo, & à me exheredatus filius reperitur, & hæc est singularis ratio ad illum tex.

Denique exhæredatio à personis non vitiatur non adiecta persona, licet adiiciatur gradus ex eisdem personis constans. quid igitur si exhæredatio ibidem à gradu facta esset, nonne in vtraque specie vitiabitur testamentum, si ponas ibidem à gradu exheredationem factã? quod verum esset, si dicas succedi ex substitutione, nam si ex iure accrescendi, nego adiici gradum, ideo dispositionem illius legis in exhæredatione facta à gradu locũ habere, quod not. ad illam legem, quæ forte ab aliquo non ita explicatur, de qua vid. *Soci. infra de vulg. & pupil. in l. 1. in col. 64.* qui tamen hunc intel. non est assequutus, vt mirum non sit, neque *Politum in l. re coniuncti nu. 59.* & vid. *Las. ibid. num. 168. infra de legat. 3.*

Et si quæras, quare in vtraque specie illius legis iure accrescendi non succeditur, respon. quia substitutio hoc impedit, si adhuc instes quo pacto substitutio, quæ nulla est id impediat, respondebo non fuisse nullam à principio, quod sufficit vt circa eam versetur hæreditas, & ita ex illato ei vitio corruat totum testamentum, vt *infra tit. prox. in l. nam etsi sub conditione. & in l. si à primo.* male igitur dd. notant nostrum text. dicentes substitutionem nullam ius accrescendi impedire, hic enim non fuit nulla, si enim esset nulla non rumperetur tertius gradus, vt *suprà eod. l. 3. in § fi.* & ità *lex nostra & d. l. pe.* in posthumo loquitur, nec in iam nato procederent, quia in vtraque specie accretioni locus foret, & sic valeret primus gradus.

Sed oppo. cõtra nostrum *tex. & d. l. pe.* quod ex secundo gradu nõ infertur ad primum, nec virium secundi gradus, primum tangere possit, vt *supra eod. l. si à primo.* Sol. verum est, vbi secundus gradus permanet in suo loco, at, hic aggreditur primum, & ità ius quod in eo reperit vitio suo perfundit, & aspergit, vt in *d. l. pe.* & hic, quæ omnia sunt valde notanda.

SVMMARIVM

ex §. quod vulgo.

1. *Substitutio vulgaris potest adijci legitimæ.*
2. *Exhæredatio ex falsa causa non valet.*

§ QVod vulgò dicitur, eum gradum, à quo filius præteritus sit non valere: non vsquequaque verum esse, ait, nam si primo gradu hæres institutus sit filius, non debere eum à substitutis exhæredari, idemque si filio & Titio heredibus institutis Titio Mæuius substitutus sit, omittente Titio hæreditatem, Mæuium eam adire posse, quamuis filius secundo gradu exhæredatus non sit.

Si quis ita scripserit, ille quem scio ex me natum non esse, exhæres est, hãc exheredationẽ ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus, nõ enim videri quasi filium exheredatum esse, cũ elogium pater cum filium exhęredaret, proposuisset, & adiecisset, propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse.]

Vlpianus, Idem est, & si ita dixerit, ille illius filius exhęres esto, patrem ei adulterum per errorẽ adsignãs.] Not. *ex isto §. quod vulgo.* filio adiici posse vulgare substitutum, & an hodie in legitima, respon. posse, non enim substitutio vulgaris grauamen est. sed opp. quod inducit grauamẽ, tollit enim suitatẽ. *infra eod. l. si filius hæres.* & sic transmissionẽ impedit, quod grauamen est, vt *infrà de acquir. hæred. in l. Pamphonius,* sed dic falsum esse tollere suitatem, vt dicam *d. l. si filius hæres in quæst. quam ibi posui*: item non tenetur pater cum suitate legitimam dare alio, qui solus deberet institui, *infrà ad Trebell. in l. apud Iulianum. in §. idem Iulianus.* secundum dd. licet eo casu non impediatur transmissio, vt *C. de iure delib. in l. si fratris.* sed vid. quæ dixi in quæstione ibi posita. quia hæ distinctiones doctorum veræ non sunt.

Venio ad *vers. si quis ita scripserit*, ex quo not. 2
secundum Bar. quòd exheredatio ex falsa causa facta, non valet ipso iure. s. quando falsitas versatur circa filiationem vt hic, alias verò non est inualida, vt *ipsemet Bart.* contra Marti. probat. *suprà de testament. in l. 1.* sed certè in interpretatione nostri text. errat Bart. non enim hic text. loquitur in falsa causa simpliciter, sed in erronea. falsa enim causa etiam circa filiationẽ non vitiat, vt *supra eod. l. 3.* erronea autem semper vitiat, vt *hic, & de do. in l. 1. in § fi.* ideo considera quòd falsa est causa, quando testator sciẽter aliquid imponit filio, ob quod eum exhæredet, sciens hoc falsum esse, in hac specie exheredatio valida est, vt in *d. l. 3.* quia tunc volũtas non deficit, licet exheredationis deficiat ratio, vel iustitia, erronea autem causa est, si filium suum exheredet, quia cubile suum ascendit, id existimans, cùm tamen verũ non fuerit, nulla in hac specie exheredatio est, quia vbi est error, cessat voluntas, *supra de iurisdictio. in d. l. si per errorem.* & hic, pro hoc. *C. de mili. testament. in l. sicut certi, & in l. si cum vel in vtero. & infra de hæred. insti. in l. fi.* nam defectus voluntatis exheredationem vitiat, fac. *infrà eod. l. Titius.* denique falsitas ad existentiam refertur, error ad existimationem, primum non efficit voluntatem deficere, sicut secundum: altero autem casu loquitur *l. contraria*, altero verò nostra, ideo prædicta distinctio facienda est, licet *Bar.* inter vtramque speciem non distinxerit.

Error Bar.

SVMMARIVM
ex l. si filius hæres.

AFricanus, l. si filius hæres institutus sit omisso posthumo, filioque substitutus nepos ex eo sit, si interim moriatur filius posthumo non nato, nepotem tam patri quàm auo suum hæredem futurum, quod si nemo filius substitutus sit, & solus ipse institutus sit, tunc, quia eo tempore quo is moritur, certum esse incipit, neminem ex eo testamento hæredem fore, ipse filius intestato patri hæres existit, sicut euenire solet, cum sub ea conditione, quæ in ipsius potestate erit, filius hæres institutus, prius quam ei pareret moriatur.]

Oppo. quòd impossibile sit, nepotem hic suum hæredem auo existere, præceditur enim à patre tempore mortis aui, *sup. eod. l si quis posthumos. in princ. & insti. de hæredi. qui ab intesta. deferun. in §. ita demum*, filius igitur suus hæres erit, non nepos, ob istam difficultatem. hæc lex à
Doct. legitur pluribus modis: primo, vt hic ne- 1
pos sit suus auo, non ex persona sua, sed per me- *1. Intellectus.*
diam patris personam, sic igitur patri suus hæres sit ex propria persona, auo vero mediante persona patris, sed hoc reprobat glos. quia filius non fuit hæres, vt differat à sequenti casu, qui fingitur in *vers. quod si nemo.* item licet hæredis hæres primi testatoris hæres habeatur, id tamen in suitate locum non habet, in qua successio non datur, *infrà de suis & leg. hæred. in l. 1. in §. sciendum.* & ex his expeditur *glos. super verbo auo*, quæ vera est, vult enim quod hic nepos vtrique suus hæres sit auo ex substitutione patris, vel intestato, vel ex testamento, remanet autem difficultas quo pacto id contingere possit.

Ideo secundo modo soluitur opp. quod hic 2
filius non impedit nepotem, quia suus hæres *2. Intellectus.*
non fuit, quod institutus sub conditione potestatiua fuerit, ideo nepos suus hæres esse potuit impedita in filio suitate propter conditionem. Sed contra, ergo non differt principium legis huius à fine? sed respondetur quòd differat, quod in fine loquatur de ea conditione potestatiua, quæ vltimo vitę spiritu impleri non potest, hic verò in principio de ea quæ possit, alij verò econtrario mutant species conditionum, sed falso, quia si finis huius l. de ea conditione, quæ vltimo vitæ spiritu impleri posset, loqueretur, non decederet suus hæres filius intestato patre, vt infra dicetur, sed & hic intellectus, quod in principio legis fingamus positam esse aliquam conditionem, verus non est, quia nulla mentio fit de conditione, ideo verius est in pura institutione loqui.

3 *3. Intellectus.* Ideo legitur tertio modo hæc lex, quòd hic filius ſuus patri non fuit, ideo ſuus nepos eſſe potuit, quòd filius viuo adhuc teſtatore deceſſerit, & ideo tempore mortis nepos primum locum obtinebat, & quod tex. dicit interim,] interpretamur, ideſt, dum non moritur auus, & hunc ſenſum retulit gloſ. ſuper verbo interim. ſed hic intellectus verus non eſt, quia eſt contra tex. verſ. quod ſi nemo, qui iſtam interpretationem non patitur, nec enim is verſiculus differt à primo reſponſo, niſi in ſubſtitutionis defectu: item quo pacto nepos patri ſuus hæres eſſet eo in poteſtate ſui patris conſtituto. filius enim familias ſub poteſtate alterius exiſtens, nec ſuum hæredem, nec in poteſtate ſua aliquem habere poteſt, *infra de precar. in l. ſi adoptauero. & infra de adulter. in l. ſic eueniet*, ideo iſte intellectus per ſe cadit, item ſecundum hoſce intellectus, excepto illo, qui de conditione loquitur, nihil differt ſubſtitutum habeat filius, vel non habeat, cuius tamen text. maximam habet rationem, & in eo conſtituit reſponſi vtriuſque diſcrimen, & differentiam.

4 *4. Intellectus.* Ideo Bar. legit hunc tex. quarto modo, quod ideo hic ſuus hæres nepos auo eſſe poſſit, quòd filio ſubſtituti vulgaris datione ſuitas ſublata fuerit. ſed opponitur d. verſ. quod ſi nemo. vbi nullum filius habuit ſubſtitutum, tamen non eſt ſuus hæres ex teſtamento filius, ergo nihil intereſt habeat ſubſtitutum vel non. Sol. ſecundum *Bar. in verſ. quòd ſi nemo*. fuit filius ſub conditione poteſtatiua, quæ vltimo vitæ ſpiritu impleri non poteſt inſtitutus, ideo eo incipiente mori, deſtituitur teſtamentum, & inteſtato patri hæres efficitur. Sed opp. *d. verſ. ſicut*, vbi ponitur ſimilitudo de conditionali inſtitutione, ergo *verſ. quod ſi nemo* in pura inſtitutione loquitur, alioquin non eſſet ſimilitudo, ſed repetitio propoſitæ & expeditæ ſpeciei. Sol. ſecundum *Bar. in verſ. ſicut*. non ponitur nouus caſus, ſed exemplum verſiculi quod ſi nemo,] vt in hac l. ſolum ponuntur duo caſus, & ita dictio ſicut, extat exemplificatiuè, nõ ſimilitudinariè, & in prima parte datio vulgaris ſubſtituti impedit ſuitatem filij, & inteſtato ſucceſſionem, in ſecunda verò conditio ſucceſſionẽ ex teſtamento impedit, ſed ab inteſtato ſucceſſio defertur: non enim reperitur ſubſtitutio, qua impediatur, nec etiam eſt cui ex teſtamento ſucceſſio deferatur, ideo quaſi deſtituto teſtamento agitur, & ita in præſenti probatur, quòd per dationem ſubſtituti vulgaris tollitur ſuitas, de quo dic, vt dixi in diſputatione huius quæſtionis, quam in fine huius l. ponam. Sed quantum ad l. noſtram hic intellectus non placet quod ver. quod ſi nemo,] loquatur in inſtitutione conditionali, non enim ex illo apparet appoſitam eſſe conditionem, & ita diuinatio eſt ad iſtum tex. item dictio ſicut, ſimilitudinariè non exemplificatiuè ponitur, & fingitur ibi tertius caſus, item hîc fit mentio de poſthumi præteritione, de qua titulus iſte loquitur, quod ſecundùm intellectum iſtum nullum effectum produceret, & ita iſte intellectus non valet.

Ideo veriorem puto illam intelligentiam quam ponit *Chriſtophorus de Caſtellio*. quem recentiores referunt, quod ideo hic, filius ex teſtamento hæres eſſe non poſſit, quod in eo poſthumus præteritus fuerit, qui natus ſuus hæres futurus eſſet. *infra de acquir. hæredi. in l. ventre*. quo enim pacto ex teſtamento, cuius validitas adhuc in pendenti ſit ſuus hæres, quis eſſe poteſt? & iſtum intellect. poſuit *Bart*. ſi ab aliquo noſtris libris additus non ſit, vide Alexand. ſed *ipſemet Bart*. reprobat iſtam intelligentiam per text. *infra de acquir. hæred. in l. cum quidam. in §. quod dicitur, verſ. ſuum hæredem*. vbi ſuitas filij non impeditur, quod poſthumum naſciturum ſperemus, per quem tex. Bar. recedit ab iſto intellectu, ſed certè immerito: nam ille text. loquitur vbi falsò ſperabatur poſthumus, ventre vacuo exiſtente, at in ſpecie noſtri text. venter plenus erat, & ob id ſuitas impeditur, quia rumpi teſtamentum poteſt. 5 *5. Intellectus.*

Speciem igitur veram fingamus in noſtro tex. quidam filium natum ſuum hæredem inſtituit, plenum vxoris ventrem præteriit, nepotemque filio vulgariter ſubſtituit, moritur filius, nondum nato poſthumo, nec abortu facto, filio autem mortuo, poſthumus præteritus non naſcitur viuus, vel naſcitur, nihil enim in- 6
tereſt niſi quoad partem hæreditatis, nam vtraque ſpecie filius ſuus hæres non fuit, ideo nepos ſuus patri, & auo hæres erit, nec obſtat quòd tempore mortis aui primum locum non obtinebat, quia dico quòd ſuitas patris ſuſpenſa eum impedire non potuit, & ſufficit quòd eo tempore, quo ſucceſſioni fit locus, ab alio non præcedatur, facit *infra de acqui. hæred. in l. qui in aliena in §. interdum*. id enim quod dicitur mortis illius tempus de cuius hæreditate agitur, attendi debere, vt ſuus quis hæres dicatur, verum eſt in teſtamento, quod morte illius fixum firmumque eſt, non in illo, cuius validitas pendet, in eo enim tempus, quo firmatur attenditur, vt hic, & hoc vbi filius ſubſtitutum habuit, ſi vero ſolus ſine ſubſtituto hæres ſcriptus eſt, quia eo tempore quo filius moritur, deſtituitur teſtamentum, cum ſine hærede remaneat, & ab inteſtato hæreditas defertur, ipſe filius, qui proximior & ſuus eſt, ipſo iure hæres exiſtet, & ita qui hæres ex teſtamento impedita ſuitate hæres eſſe non poteſt, idem & ab inteſtato ipſo iure hæres erit, ſicut euenire ſolet filio ſub conditione poteſtatiua inſtituto, quę vltimo vitę ſpiritu impleri non poſſit, nam eo incipiente mori, cùm conditio inſtitutionis deficiat, deſtituitur teſtamentum, cùm nullus ex eo hæres exiſtere poſſit, ideo ipſemet filius inteſtato patri hæres exiſtet, vt *infra de condit. inſtit. in l. ſi.* facit text. *in l. ſi. infra quando di. legat. cedat.*

Hæc autem ſimilitudo ita deducitur, ſicut 7

pendentia conditionis sui hæredis existentiam
impedit, & etiam aditionem, vt *infra de hered.*
instit. in l. iam dubitari, *& etiam in d. l. fi.* ita pen-
dentia natiuitatis posthumi, vt in *d. l. ventre, &*
in d. l. fi. sed in superiori specie filius decedens
intestato patri hæres existit, quia certum esse
incipit, neminem ex eo testamento hæredem
fore, ita altera specie filius decedens intestato
patri hæres efficitur.

Sed contra istam similitudinem instatur
fortiter, nam hæ procedunt in ea conditione,
quæ vltimo vitæ spiritu impleri non potest. si
enim posset, non destitueretur testamentum
in vita filij, nam vltimo vitæ spiritu impleta
conditione hæres ex testamento suus existeret,
sed hoc posthumo præterito contingit, cum
enim filius incipit hic mori, non statim testa-
mentum destituitur, nam tunc potest posthu-
mus mori, vel abortu facto vel matre deceden-
te, cum ergo nondum spes testati defecerit,
impossibile est intestato patri locum fore, malè
igitur *iurisconsultus Africanus* hæc inter se con-
fert, cum in altero casu incipere mori absumat
conditionis implendæ spem, non etiam absu-
mat spem posthumi excludendi, cum eo mo-
mento possit mors posthumi contingere, spe-
cies igitur posthumi præteriti debuit conditio-
ni potestatiuæ, quæ vltimo vitæ spiritu impleri
potuit, conferri, non illi, quæ vltimo vitæ spiri-
tu impleri non potest, hoc subsenserunt recen-
tiores hic, licet non ita explicent, nec huic obii-
8 *Contra Aretinum.* ci satisfaciant. & licet *Aret.* dicat hoc non com-
muniter contingibile esse, vt eo momento quo
filius moritur, posthumi spes absumatur, ta-
men de se cadit hæc sol. cum lex potentiam so-
lam consideret, & hoc posibile sit, vt vno eo-
demque momento id eueniat, & ll. ad hoc sæ-
pe respiciunt, *infra de reb. dub. in l. quod de pariter,*
& in l. qui duos. & in prædicta l. fi. sed potest istam
difficultatem vltra dd. soluere, quòd merito
posthumi nascituri dubietas conditioni, quæ
non potest impleri vltimo vitæ spiritu confe-
ratur, quia licet posthumi spes posit vltimo vi-
tæ spiritu deficere, sicut conditio, & sic filius
hæres ex testamento existere, quia tamen casus
aduersaque fortuna non est expectanda, nec
est sperandum naturam, quæ posthumo spiri-
tum cōcesit, & vitam in matris vtero eandem
in vltimo vitæ spiritu fratris adempturam, vt
infra de verbo. obliga. in l. inter stipulantem & pro-
mittent. §. sacram. hic euentus non attenditur,
contraria autem ratio est in conditione, quæ
expresse à testatore imponitur, & ex mente
eius pendentia illius attenditur, ideo conside-
rari debet quilibet temporis articulus, quo
existere possit, vt testamenti vis non deficiat,
at pendentia, quæ ex posthumo præterito ori-
tur non à testatore sed à l. inducitur, ideo ad
istum defectum ne aduersa fortuna speretur,
facillimè conniuet lex, momentulum illud nō
attendens, non itidem in conditione à testato-
re imposita, lex enim melius impedimentum
tollere potest à se quàm à testatore inductum,
fac. *infra de cond. & demonst. in l. in iis. alias. in testa-*
mento, ex quo si testator mihi sub ea conditio-
ne relinqueret, si me viuo posthumus non na-
scatur, me moriente legatum non transmitti-
tur, quia cum possit vltimo vitæ spiritu nasci,
solum me mortuo purificatur, vt *in d. l. fi.* quod
est singulare nec à dd. ita explicatur: sed hoc
non placet, imo quod in casuali conditione nō
fiat ista distinctio, sed in potestatiua, nam filio
instituto sub conditione potestatiua, quæ in
vltimo vitæ spiritu impleri potest, non defer-
tur successio ab intestato eo incipiente mori,
quia potest ei obiici culpa conditionis nō im-
pletæ, quam adhuc implere potest, quod in
specie posthumi præteriti cessat, denique spe-
cies nostra, magis conditioni casuali, in qua nō
consideratur quod possit existere vltimo vitæ
spiritus, nisi existat verè quàm potestatiuè ap-
plicatur, sed de hac loquitur *Africanus*, quia cō-
ditio casualis in filij institutione non cadit, de-
nique si instituatur hæres solus sub conditio-
ne, si nauis ex Asia venerit, isque conditione
nondū impleta mori incipiat, intestato ano hę-
res fit, etiam si adhuc nauis eo moriente venire
possit, quod sensit *Paulus 2. col. nu. 3. infra eod. l.*
filius à patre. quod prodest ad filium emancipa-
tum, vt ex vi *l. vnic. C. de his, qui ante apert. tab.*
transmittere possu, item ad statuta, quibus hære-
ditatis delatæ transmissio permitteretur, item
iure cōmu. posset fingi species, puta si pater in-
stituit filium sub conditione casuali, & in eius
defectum exheredauit, moriens filius ante cō-
ditionis euentum ab intestato patri hæres effi-
citur, licet possit illo vltimo vitæ spiritu nauis
venire, locusque institutioni esse, dic vt *infra*
eod. l. filius à patre, vel finge ita nepotē sub condi-
tione institutū, in quo contraria exhæredatio
nō requiritur, quæ omnia nota. In *glo. verbo inte-* 9
rim, ibi idest ante aditā,] hæc expositio appro-
batur cōmu. secundū *Iason. nu. 27.* sed non pla-
cet, hic enim non de aditione hæreditatis non
delatæ agi potest, ideo dic aliter, quod lex ipsa
hoc verbum interim declarat, idest dum non
nascitur posthumus, aliæ autem glos. expositio-
nes sustineri non possunt, & cum his rema-
neat hæc l.

Sequitur quæstio, quam adolescens olim
disputaui.

Vtrum si pater substituat vulgariter filio *Quæstio difficillima huc vsque non intellecta.*
suo, ex hac substitutione amittat filius suira-
tem, & partem affirmatiuam tenet *glos. & Bar.*
in l. Papinianus. in §. quarta autem supra de inoffic.
testa. & Cyn. in l. precibus. in materia vulgaris in 4.
q. Bar. in l. 1. in 5. effectu infra de vulg. & pupil. idem
Bar. Imol. Aret. Alex. & Ias. in hac l. si filius hæres,
& est communis opinio secundum *Franciscum*
de Ripa. in d. l. 1. de vulg. in num. 130. post Soci. ibi
in 77. col. in 5. effectu. & Ias. in l. in suis. isto tit.
latè *Guill. Bened. in c. Raynucius in verbo mortuo ita-*
que testatore. nu. 193. extrau. de testam. & hæc quæ-
stio est difficilior quàm sit in tota materia, se-
cundum

eundem Aret.in l.ventre preterito. in col.12. infra
10 de acquir.hæred. Et pro parte affirmatiua, quod per substitutionem vulgarem tollatur suitas, inducitur tex.in hac l.si filius hæres, in qua, si filius in potestate existens, nepote ex eo vulgariter substituto, decedat que filius, nepos suus hæres erit auo, ergo filius non fuit suus, si enim suus hæres filius fuisset, nepos suus esse non posset: iure enim suorum non possunt esse in secundo gradu, pleno priori gradu tempore mortis testatoris, vt in §.ita demum institu.de hæreditatibus quæ ab intesta.deferun.& in l.si quis posthumos supra isto ti.& in l.1.in §.si filius. infra de suis & legiti.hæredib. & ita tenent omnes dd. in l.qui se patris.C.vnde liberi. & ponunt omnes definientes suitatem in l.in suis. supra isto titul. quod ea
11 ratione ostenditur, nam sicut dominium verum apud duos versari non potest, vt supra commoda.in l.si vt certo in §. duobus vehiculum infra de castren. pecul.in l.hæreditate in §.pater, ita nec dominium imaginatium, atq. sup. loca.in l. qui ad certum isto tit.in l.filio quam pater facit.extrau.de
12 off.ord.in c.quoniam in plerisque, dominium enim vel ius vnicum est, & non est multiplicabile in eadem specie, vt infra de verb. oblig. in l.qui bis idē & in l.vbi autem nō apparet. & in l.nemo rem suam. & supra de contrah.emptio.in l.suæ rei.& C. eod. tit. in l.cum res,& in l.si mater.& C.de leg. in l.proprias res.& infra de vsucapio.in l.sequitur, in §.lana ouiū. & infra de acquirend.poss. in l.3. in §.ex pluribus. bon.textus.C.de vind.libert.in l.2.& insti.de ingen. in §.fi.& C.si mancip.ita fuer.aliena.in l.3. facit infra de alim.lega. in l.alimen.in §.basilica. & in l. libertis quos. ideo in iure pleno non habet locum ius accrescēdi, quia non est quod accrescat. supra de vsufruc. in l.dominus in §.1. & not.infra de annu.lega.in l.Titia,in§.1.per Bar.sicut & alias stipulatio semel plenè commissa amplius committi non potest, vt per Bar. infra indi. solui in l. iam tamen, in §. in hac.1. & in l.si ante acceptum.2. col. & in l.cum quærebatur & in l.fi. cum ergo in hac l.si filius hæres. nepos auo suus sit, pater eius suorum iuribus caruit, quod ea sola ratione esse potuit, quia substitutum vulgarem habuit.

13 Secundo pro ista parte affirmatiua inducitur text. supra de mino. in l.& si fine.in §.53. quod Papinianus vbi tex. inquit, Sed quod Papinianus li.2.responsorum ait, Minori substitutum seruum necessarium repudiante quidem hæreditatem minore necessarium fore:& si fuerit restitutus minor, liberum nihilominus remanere: si autem prius minor adit hæreditatem, mox abstētus est, substitutum pupillo seruum cum libertate non posse hæredem existere, neque liberum esse: non per omnia verum est: nam si non est soluendo hæreditas abstinente se hærede,& diuus Pius rescripsit,& imperator noster, & quidem in extraneo pupillo locum fore necessario substituto,& quod ait liberum manere, tale est quasi non & hæres maneat, cum pupillus impetrat restitutionem posteaquàm abstentus est, cum enim pupillus hæres non fiat, sed vtiles actiones habeat, sine dubio hæres manebit qui semel extitit.] Ecce, dato vulgari substituto nullum ius sui hæredis remansisse, suus enim hæres, cui erat datus substitutus abstinuit se hæreditate, posteaque ratione ætatis restitutionem impetrauit aduersus repudiationem, inquit textus, vtiles actiones eum habiturum, ergo sublata erant iura sui hæredis substitutione, aliàs enim tam directa, quàm vtilia iura haberent, altera, ratione suitatis, altera, ratione restitutionis, abstensione enim suus hæres esse desinit vtiliter non directo, quia id prætoris beneficio contingit, qui nec directum hæredem facere, nec quòd desinat esse, potest, vt instit. de bono possessi. in §. quos autem. nec qui semel extitit hæres, directo potest desinere esse hæres, vt infra de hæred. insti.in l.qui soluendo, fac. tex.cum materia insti. de fideicommiss. hæred.in §.restituta, & ideo vno existente hęrede directo, cessat successorium edictum respectu iurium directorum, ne apud duos resideant solidè, licet secus respectu vtilium vacantium. ita Bar.C. vnde liber.in l.qui se patris. in col.pen.in prin. idem Bar. infra ad Trebel. in l.ex asse. faciunt quæ trad.ipse infra de vulga.in l.1.5.effectu num.49.& in l.2.in §.interdum. vbi recentior.& ita debet intelligi tex.infra ad senatusconsf.Tertul. in l.1.in §.si quis adita,& in l.2.in §.sed sint sui.iura enim directa ita sunt infixa ossibus, quòd eradicari non possunt, vt nota. supra pro soci.in l.3.& de pecul.in l.quis ergo casus, & C.fami. her. in l. ea quæ,cum igitur in d.§.53.quod Papinianus iura directa sint apud substitutum, impossibile est, quòd filius habeat iura suorum, aliàs impetrata restitutione iura directa haberet, vt infra ad Trebel.in l si hæres institutus, quæ non habet ibidem ea scilicet ratione, quia substituti ratione sunt sublata, & ita in specie illum §.secundum, quod Papi. considerauit hic Raph.commen. & Aret.fatetur per illum text. aliàs tenuisse opi. Bart. & commu. quòd ratione substituti vulgaris tollatur suitas.

Tertiò pro ista parte affirmatiua adducitur 14
ratio tex. infra si quis omiss. caus.testa. in l.1. in §.si proponatur.& infra ad Trebell. in l.debitor. vbi per rationem vulgaris substituti vi horum verborum si hæres esse noluerit, videtur data licentia abstinendi & extranei iure filius institutus, substitutionis enim vulgaris vis hæc est, si hæres esse noluerit, vel non potuerit, vt C.de hæredi.instit.in l.3.per Bart.infra de vulg.in l.1. 3.colum. & fac.infra isto tit.in l.Gallus.in §. & quid si tantū. cum ibi notat. de quo infra latius statim, sublata igitur sunt per talia verba iura suorum, quæ necessitatem & existentiam ipso iure notant, non autem expressam voluntatem requirunt, & ita prædicta verba eis aduersantur, & istam rationem sensit Bar.infra de vulg.& pupil.in l.si filius qui patri. si igitur cum suitate incompatibilis est talis substitutio, alterum eorum subuerti debet, vt infra ad Trebell. in l.si quis priore. C. de testa.

testa. in l. sanctimus. cum aliis, substitutio autem non corruit, vt ex omnibus iuribus supra allegatis apparet, ergo à substitutione subuertitur suitas.

15 Quartò pro ista parte affirmatiua facit talis ratio, suus hæres si sub conditione, si voluerit hæres instituatur, amittit suitatem, vt *infra de hæred. insti. in l. iam dubitari, & in l. Cornelius. & in l. verba. infra de condit. instit.* & hoc in simili trad. *Bar. ad propositam quæstionem in d. l. Cornelius*, sed filius hæres institutus dato substituto vulgari taliter videtur institutus, ergo non habet suitatem, imo substitutione est sublata, quod fortius stringit si consideres conuenientiam prædictorum, scilicet inter institutionem sub conditione si voluerit de suo factam, & institutionem simplicem substituto vulgari adiecto, licet videatur maxima differentia prædictorum casuum, quia vbi quis instituitur hæres sub conditione si voluerit, requiritur expressa voluntas, nec existentia à lege inducta aliàs sufficeret, requiritur enim voluntas positiuè, & sic quod adsit, vt *infra de legat. 1. in l. si ita legatum in §. illi si volet*, quo casu si antequàm velit moriatur, vel ad eum casum perueniat, quo velle positiuè non possit, extinguitur ius, quod à sua voluntate pendebat, & ita debet intelligi tex. *supra loca. in l. 4. & de acquir. hæred. in l. qui seruum. cum l. sequent. & infra de manu. vindict. in l. si pater. & de rescript. in 6. c. si gratiose.* Sed casu quo datur substitutus, voluntas à testatore requisita non positiuè in instituto, sed priuatiuè ad substituti commodum est imposita, quo casu donec absit, licet positiuè non adsit, non alteratur dispositio, & tacita voluntas vel iuris existentia sine facto sufficit, & pro voluntate habetur, positiuè enim non est requisita, pro hoc est textus *infra de preca. in l. cum precario. & extrau. de offic. delegat. in 6. c. si delegatus*, & fac. *extrau. de baptism. in c. maiores. in §. dormientes. & supra loca. in l. qui ad certum.* sic furiosus possessionem non acquirit, quia animum vel voluntatem non habet, quæ positiuè requiritur, retinet tamen acquisitam, quia in eius conseruatione non requiritur voluntas positiuè, sed quòd nō adsit voluntas perdendi: vt *infra de acquirend. possess. in l. 1. in §. adipiscimur. & eodem titulo. in l. si is qui. & infra de vsurapio. in l. iusto. in §. cum. & in l. nunquàm. in §. antepenul.* & ita not. *glos. in d. §. adipiscimur.* cum igitur eo casu quo datur substitutus, voluntas expresè à testatore non requiratur respectu hæredis, sed priuatiuè, vt substitutus succedat, videbatur quòd nihil mutetur ex iuris dispositione, imo existentia sui hæredis, quæ à lege inducitur, conseruetur, donec expresè nolit, tunc enim & ex tunc tolletur.

Sed his potest responderi singulariter, quòd cùm iura suorum non varientur, cùm sint iura directa, vt supra dictum est, dando licentiam quòd possit ea iura excludere, videtur ea auferre, quia efficit, quòd aliquo tempore non sit suus, vt sua voluntas adimpleatur, sicut videmus in matrimonio, quod retractabile non est: quia si apponatur conditio, quæ tendit ad retractandum aliquo casu, facit matrimonium à principio non valere: quia cùm non sit variabile, non potest dici quòd valeat vsque ad euentum conditionis, & post retractetur, vt *extrau. de conditioni. apposi. c. fin. in principio*, sic nostro casu, cùm substitutio tendat aliquo casu ad tollendum iura suorum, debet iudicari à principio esse sublata: potest etiam aliter euadi hæc obiectio, quòd supra dicta cessent in vltimis voluntatibus, in quibus nihil differt, quid detur sub conditione, vel sub ea adimatur, quia ademptio conditionalis facit, vt datio conditionalis habeatur: vt est textus *infra quando di. legat. ced. in l. quod pure. & infra de adimend. legat. in l. si legatum, & infra de conditione & demonstratione. in l. aliquando.* notat *Bart. eodem titulo in l. 1. numero 9. cum sequent. idem Bar. C. de institutio. & substitutio. in l. penul. in fine vbi recentior.* notat *Deci. numero 47. in l. 1. de offic. eius*, & idem in sententiis testatur *Imol. infra de conditione & demonstratione. in l. 1. Areti. consi.* 136. per text. *extrau. de appellatio.* fac. textus *infra de conditio. & demonstratio. in l. quibus diebus. in §. quidam Titio 2. & infra de statu libe. in l. si quis ita libertatem. in §. fi.* in contractibus autem diuersum ius seruatur: vt *supra de in diem addi. in l. 2. & supra de contrahend. emptio. in l. 3. vbi glos. & Alber. glos. extrau. de pignor. c. illo vos.* vbi *Imol. 2. notat. & Panor. 2. glos. in c. verum extrau. de conditio. appos. & c. pastoralis 7. quæstione 1.* notat *Pe. de Ancha. in consil. 69. col. fi. Cardi. in consi. 29. col. 1. Sorin. consi. 62. col. 4. volum. 4. & consi. 91. col. 2. volum. 4. Deci. consil. 279. col. 2. & consil. 308. col. 3. idem Deci. in l. is damnum dat. in §. cum pendet. & in l. plerunque. de reg. iur.* hæc *Tiraquellus 2. parte in §. 2. glos. 1. numero 74. PPP.* qui hoc dicit communiter teneri, licet pauca alleget, *consi. 5. 2. col. vol. 4.* notat *Bar. supra de condi. indebi. in l. Iulianus verum. in fi.* si igitur hæc in vltimis voluntatibus lex est, quod datum purè ademptum sub conditione, sub conditione contraria datum censeatur, substituto dato videtur adempta hæreditas sub conditione si noluerit, ergo data videtur sub conditione si voluerit, sicut igitur isto casu tollitur suitas, vt in *ll. supra allegatis*, ergo datio vulgaris substituti hoc operabitur, vt conditionaliter sub conditione si voluerit institutus videatur, & sic tollatur suitas.

Quintò pro ista parte affirmatiua inducitur text. *infra ad l. falcid. in l. qui fundum. in §. qui filios. aliàs qui filium. in vers. sed hoc ita.* vbi inquit text. intelligendo text. in vulgari substitutione expressa, vt per *Alexand. ibidem*, quòd si detur substitutus vulgaris filio suo, si filius adiuerat, substitutus tenetur ex persona filij, alias verò ex propria persona: vult ergo text. quòd fiat distinctio, vtrum filius adiuisset, vel mortuus fuisset, antequàm adiuisset: in- 16

quit

quit tex. qui filium suum impuberem & Titium æquis partibus hæredes instituerat, à filio totum semissem legauerat, à Titio nihil, & Titium filio substituerat, quæsitum est, cum Titius ex institutione adisset, & impubere filio mortuo ex substitutione hæres extitisset, quantum legatorum nomine præstare deberet, & placuit solida legata eum præstare debere, nam confusi, duo semisses efficerent, vt circa l. faleidiam totius assis ratio haberetur, & solida legata præstarentur, sed hoc ita verum est, si filius antequàm patri hæres existeret, decessisset, si vero patri hæres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quàm quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius quàm semissis dodrantem præstare necesse habuit.] quæ distinctio in suo non cadit, cùm lex sine actuali aditione hæredem eum fecisset, vt *C. de iure deliberan. in l. 3.* ibi extitit,] & *isto titulo. de libe. & posthum. in l. in suis.* hæreditas enim suis magis illata, quàm delata dicitur: vt eleganter inquit *Bald. in l. potuit. 3. col. numer. 14. C. de iure deliberandi*: nec datur momentum in quo non fuerit hæres testatore defuncto: vt notat *C. de posti. in l. cum hæreditas, & ff. de hæredi. institu. in l. si alienum. in §. in extraneu. & infra ad l. falcid. in l. si creditor. & supra si cert. pet. in l. eius qui in prouincia. in §. quòd si stipulatus, & in vsi. feud. in c. 1. de feud. cognitio.* bonus text. *infra de suis & legi. hæredi. in l. in suis,* not. *Iaso. in l. in suis. numer. 10. & in l. si filius qui pater 2. col. & in §. quid si tantum. col. 12. & rubric. de acquirend. hæredi. numero 7. & in li. 1. in §. veteres, numero 15. infra de acquirend. possessio. Iason in hac l. si filius hæres 2. col. Barb. in c. filius 1. col. Corne. in l. 3. 2. notab. de iure delibe. Calca. consi. 3. & consil. 6. Deci. consil. 344.* cuius ratio est quia lex ita repente versatur in actibus suis, quod nullum consumit tempus, tex. est *infra de conditio. & demonstratio. in l. Iulianus noster,* bonus textus *supra de optio. legat. in l. si optio.* melior textus *supra de peculio, in l. peculium 2. §. 53. & creditor.* neque aliquid temporis moræ relinquit. textus notan. qui ita debet intelligi in *l. si puellam. C. si mancip. ita fue. alienat. & in l. causam, in §. puellam de manum.* fac. textus in l. 4. ibi, humanius] *infra de manu. testam. & in l. inuitus. in §. 1. de fideicommiss. liber. infra,* ideo l. natiuitate posthumi præteriti rumpit testamentum, licet illico posthumus decedat, vt *C. de posthum. hæredi. institu. in l. vxoris abortu. & in l. quod certatum.* ibi, illico.] licet contrarium responderit *Fulgos. consi. 266.* de quo vi. quæ diximus *supra isto titu. in l. quod dicitur.* cum igitur in casu d. §. aditio filij requiratur, vt ex eius persona substitutus teneatur, non habuit filius iura suorum, quia aliàs virtute transmissionis posset ex instituti filij persona adire, quod ibi negatur, & sic deficiunt iura suorum in filio quod alia ratione contingere non potuit, nisi quia fuit substitutio vulgaris facta, & ita in proprio loco illum tex. expendit *Imol.* ad hoc. 17

Sexto pro ista parte affirmatiua adducitur tex. *infra de vulg. & pupil. in l. qui plures liberos. in §. fi.* vbi dato substituto vulgari, tabulæ pupillares non confirmantur, nisi actu ipsa hæreditas adeatur, quod ea ratione contingit, quia cessat suitas, aliàs aditio non requireretur, vt *eod. titul. in l. si filius qui patri. & infra de acquiren. hæred. in l. filius qui se paterna. & in l. si pupillus paterna,* ea enim omnia, quæ aliquem obligatum non requirunt, sed à se ipso à testatore capiuntur, sola suitate firmantur, quod patet ex hæreditate pupillari, hæreditas enim à nullo capitur, sed ab ipso testatore proficiscitur, vt est text. *infra de acquirend. hæred. in l. ex parte. & infra de hæred. instit. in l. 3. & si conditioni. in §. fi.* & in satis dubia quæstione not. *Bald. C. de iur. & fact. ignor. in l. si post diuisionem. col. pen. in fi.* not. recentiores *Curtius, & Corne. C. de testa. in l. hac consultissima. in §. ex imperfecto, & Rip. infra de lega. 1. in l. nemo potest. numer. 102.* item apparet ex datione libertatis directę, quæ confirmatur solo iure suorum, vt *infrà de manu. testa. in l. sciendum.* quia non ab hærede, sed à defuncto habet libertatem, ideo orcinus appellatur libertus talis, vt *insti. de sing. reb. per fideicommis. relict. in §. pe.* de quo diximus. *supra eod. in l. in suis.* sic & tutela suitate confirmatur, vt *ff. de testa. tutel. in l. si nemo. & C. eod. tit. in l. 2. ea ratione,* quia tutores non ab hærede, sed à testatore proficiscuntur, tex. est *supra de testament. tutel. in l. tutores.* & hæc vera sunt, fallunt tamen in substitutione fideicommissaria, quòd sua ratione fulcitur. *infra ad Trebel. in l. ita tamen. in §. si pater.* vbi per *Bar. post tex. ibi,* quod in *dicta l. in suis. supra isto titul.* latius sumus interpretati in numer. 13. stat ergo quòd tabulæ pupillares confirmantur suitate, quia à testatore, non ab hærede proficiscuntur, quod tamen dato vulgari substituto non procedit, sed requiritur aditio, vt in *d. l. qui liberos.* ergo substitutio vulgaris tollit iura suorum, & ita in istam conclusionem illum tex. expendit in proprio loco.

Sed contrariam partem veriorem existimo non obstantibus doctorum rationibus, quæ parum valent, & hanc nostram opinionem tenuerunt dd. subtiles, *Ang. Bald. Christoph. de Castellio. Cuma. & Paul. in hac. l. si filius hæres. Fulgos. & Paul. & Benedict. de Plumb. C. de iure deliberan. in l. 3. Bald. & Ang. infra de acqui. hæred. in l. qui in aliena in §. interdum. Ang. infra de hæred. instit. in l. suus quoque. in §. fi. & in l. iam dubitari. Ang. & Roma. infra ad Trebell. in l. apud Iulianum. in §. idem. Ang. in d. §. 4. & in l. si pater. C. de insti. & substitutio. sub conditione fact.*

Pro qua opinione omissis doctorum fundament. quæ à *Corne. in d. l. 3.* cumulantur, quia nihil concludunt, & eis facilè possunt respondere qui contrariam volunt sequi opinionem. 18
Considero, quòd cuiuslibet actus, validitas vel

nullitas

nullitas ex duobus potest perpendi, ex potentia & voluntate, iis enim concurrentibus, actus firmus est, altero verò deficiente, corruit, hæc enim copulata requiruntur in quolibet actu, & sufficiunt, vt *extrau. de offic. delegat. in c. cum super.* textus in *c. graue nimis. & c. stirpanda. in §. qui verò*, ibid. velint & possint,] *de prabēd. extrau. & c. si per inordinata. eodem titulo c. cum in cunctis. de electione. & infra de acquirend. hared. in l. nolle adire*, vbi not. *Bald. & C. de donat. ante nupt. in l. cum te.* vbi etiam *Bal.* tex. est. *C. de fideicommiss libert. in l. si volūtate domini. in illis primis verbu*, iūcto tex. *C. manda. in l. in re mandata.* textus etiam *C. si in cau. iudi. pignus capt. sit. in l. 1.* ibi, si eius iussus cui ius iubendi fuit,] not. per *Deci. consil. 225. col. 1.* in omni enim actus examinatione ab agentis potentia incipiendum est, vt *supra de testa. in l. si quæramus.* fac. *C. qui accus. non poss. in rubri. & C. de ordin. cognitio. in l. 1. & 2.* potentia verò præmissa, voluntas est necessaria, sine qua actus qui fit in formis, est indifferens, & inanimatus, secundum *Bald. in tract. schismat. post titul. si quis aliq. testa. prohib. col. 4. numero* 4. vbi enim ab actu remouetur consensus, actus remanet tanquàm corpus sine anima, vt not. *Bald. C. si plus vestra. quid agi. in l. 1. numero* 4. fac. text. cum his quæ *Bald. C. de adult. in l. fœdissimam.* denique remota à potentia voluntate, vel è contrario, actus corruit: vt *C. si quis alte. vel sibi in l. multum interest. cum ibi nota. & C. de iure dot. in l. genero. & C. de dona. in l. siue emancipatis. & C. de contrah. stipu. in l. 3. & infra de iure codic. in l. 1.* facit text. cum glos. *extrau. de restitu. spol. c. ex parte*, & inquit *Boe. teste Lanzelo. supra de condit. indeb. in l. 1. col. 4. & supra si cert. pet. in l. certi conditio. in §. fi. in fi. & in l. in bona fidei. col. 1. C. eodem titulo.* omnis humanorum actuum intentio ex duobus constat, potestate scilicet & voluntate. not. clar. *C. de pact. in l. pacta nouissima. col. 1. Bald. fi. not. C. commu. delegat. in l. omne verbum.* not. *Signorolus de hom. consi. 69. incipi. in quæstione. Deci. consi. 178. incip. reuocatur in dubium. col. 2. versic. prædictis.* licet *Aristote.* quem refert *Bal. C. de iur. & fact. ignor. in l. cum testamentum requirat* vltra velle & posse requirat tertium, scilicet scire, quod sub capite potentiæ comprehendi vult. *Deci. in d. c. cum super 4. nota.* videamus igitur hæc duo in quæstione proposita, primo vtrum pater possit tollere suitatem, secundo an per dationem substituti vulgaris id velit.

19 Quoad primum dico, quod iura suorum dupliciter possunt considerari, vno modo respectu iuris quod habet pater in filium, secundo modo, quoad ea, quæ habere debet filius à patre, possessio enim vel quasi, in istis correlatiuis actiuè & passiuè inest, in vtraque parte notat *Bald. C. qui accus. non poss. in l. non ignorat. 2. col. in princip.* pro hoc est tex. notabil. *in l. cum dua species. de capti. & postliminio reversi.* vbi inquit *Pompo.* Cum filius reuertitur, duplicem in eo causam esse oportet postliminij, & quòd pater eum recuperet, & ipse ius suum,] fac. text. *eod. titul. in l. postliminium. in versic. rectissime.* quod etiam probatur, nam quod indiuidua sit suitas non efficit, vt in præiudicium disponentis non possit sibi in parte obstare exceptio, in *l. per fundum, de serui. rusticor.* facit *isto titul. de liber. & posthum. l. in suis.* vbi pater habet potestatem in filium, quæ vt hic inquit *Bal. 2. col.* in patris fauorem est inducta, *Ang. de Perusio in l. in suis numero* 112. ius quoque bonorum patris filius habet, suusque ei est, priores igitur effectus suitatis in fauorem patris inductos à patre posse tolli negandum non est. *C. de pact. in l. si quis in conscribendo. & infra de reg. iur. in l. inuito*, hinc necessitatem à patre posse tolli certum est, etiam si per prætorem sublata non esset, sicut videmus in seruo, obligatio enim, quæ in nobis est actiuè voluntaria est. *C. de test. ma. in l. si. in §. licet.*

Secundi vero effectus, qui à lege causantur suorum fauore à patre tolli non possunt, iura enim filij pater auferre non potest. *supra de inoffic. testam. in l. filius. C. de iure delib. in l. renitente. C. si aduers. dona. in l. 2. C. de rei vend. in l. cum à matre.* item quia ius vel obligatio, prout est in patiente, libera vel voluntaria esse non potest: text. est *C. de contrahend. emptio. in l. in ementis. aliàs in vendentis. & infra de actio. & obligatio. in l. sub hac. & infra de lega. 1. in l. Senatus. §. legatum. & not. eodem titu. in l. fisic*, & probatur in *l. 3. in princ. supra de eo quod cert. loc.* bonus text. in *l. si mandato meo. vers. at si nolit. supra mand.* tex. *C. de pact. in l. debitorum pactionibus.* & in propria materia. *infra de capt. in l. in Velio. §. medio tempore.* ibi, Suusque hæres ei quodammodo inuito,] & hoc est, quod eleganter d. *Bald. in d. consi. schismat. 2. col. numero* 2. quia nulla obligatio passiua, est potestatiua, pro hoc est *de obligat. in princ.* ibi, *vinculum. inst. l. supra ex quib. caus. maio. in l. succurritur. cum ibi not.* cum ergo iura suorom in patre sint passiua, excepto iure necessitatis, quod iam sublatum est, apparet quòd circa ea eius dispositio non est attendenda, sed contemnenda, argum. text. *C. debito. vendit. pig. impedi. non potest. in l. 1. & 2.* & quæ not. *C. de recte gest. in l. alimenta.* not. *Bart. infra de acquirend hared. in l. qui in aliena. in §. Celsus.* facit quod ipse in *l. fi. supra de eo quod cert. loc. num. 4.* & quæ d. ipse *C. de eden. in l. edita. col. pen. numero* 30. est igitur concludendum patrem iura suorum testamento tollere non posse: à l. enim conceduntur, cuius testantis voluntate non residet potestas, vt *infra de leg. 1. in l. nemo potest.* quod non est intelligendum nisi in casibus à l. expressis, quibus iura suorum tolli, vel suspendi possunt, puta exhæredatione, vt *infra ad Silla. in l. sed cum exhæredatum. & infra de bonor. possess. contra tab. in l. filium. in §. sed eum exhæred. & infra de acqui. hæred. in l. qui in aliena. in §. interdum.* vel ex eo quod dependeat

deat validitas testamenti, vt in hac *l. si filius heres*, vel institutione sub potestatiua conditione, sub qua filium instituere licebat, vt *infra de heredi. instit. in l. iam dubitari, & in l. Cornelius. & infra de cõditio. institutio. in l. fi.* purè verò etiam instituendo, suitatem tolli posse impossibile est, vt ex supradictis deducitur, etiam si expressè dicat testator filium, sine suitate instituere, & fac. *infra isto tit. de lib. & posthum. in l. inter cætera*, nec censebitur conditionaliter institutus, licet habeat substitutum vulgarem, vt ex responsione ad quartum apparebit, & hęc quoad potestatem patris ad tollendam suitatem pertinent.

21 Ad. 2. vero de voluntate deueniamus & dico etiam si tollendi suitatem libera esset patris potestas, tamen ex vulgari substitutione talem voluntatem non apparere, quod sic apertè probatur, nam licet dd. velint quòd datione substituti concessa abstinendi licentia videatur, & id verum esset, non tamen ex hoc sequitur quòd sublata sit suitas, nam & prætor abstinendi potestatem liberam tribuit. tamen ex hoc iura suorum non subuertit, vt *infra de acquirend. hered. in l. necessarius*, quod nemo inficiabitur, nec possumus dicere, quòd verba hæc prolata à testatore magis operentur, quàm à prætore prolata suo ædicto vel lege, cum verba testatoris secundum legem interprætemur, vt cum ea concordare videatur, eius dispositio, vt *infra ad Trebellia. in l. heredes mei, in. §. cum ita.* vbi dd. nec possumus dicere quòd ideò illa verba prætoris non auferunt iura suorum, quia à lege ciuili erant concessa, & prætor legi ciuili derogare non potest, nec hæredem à lege factum, ex hęredem facere: vt *instit. de bono. possessio. in. §. quos autem. & supra de mino. in. l. si fine. in. §. sed quod Papinianus*, quia & hoc idem erit in testatore, qui nisi casibus permissis hæredem à l. factum exhæredem facere non potest, nec est iuri consonum, maiorem vim verbis testatoris tribuere, & potestatē, quàm pro consuli, vt *instit. de iure naturali. in. §. pratorum. iuncto tex. infra de lega. 1. in l. nemo potest.* quinimo prætor vtiliter iure destruit à iure ciuili constructa, at testator nec vtiliter, nec directo sine causa, vel in his, quæ sua voluntate dependent, vt *l. obligationum ferè, in. § placet infra de actio. & obligatio.* apparet igitur etiam expressam licentiam abstinendi iura suorum non subuertere.

Quod etiam ostenditur manifestè quia prætor dando, d. istam licentiam, non substulit iura suorum donec abstineant, nec vtiliter licet hoc potuit, ergo nec data licentia à testatore auferet iura suorum, etiam si id facere testator posset, præterea quòd in ista specie cesset voluntas defuncti ex eo apparet, quia id quod testator disponit, erat de iure communi dispositum, in. *d. l. necessarijs* & in illum casum prouidisse videtur, vt *infra si quis omiss. caus. test. in l. Iulia.* nec de nouo licentiam dare, quia testator iure communi præsumitur vti, vt *in. d. §. cum ita. in. l. heredes mei. & infra de acquir. heredi. in l. si duo.* nec obest, si dicatur, quòd videtur prouidere in casum. l. ciuilis eam derogando, non prætoriæ, ei se conformando, & sic necessitate in suo præmissa, quia dico quòd cum l. prætoria veniat ad derogationem l. ciuilis, videtur testator habuisse respectum ad ius quod seruatur, non autem ad derogatum: ad quod faciunt verba *Bar. in. d. §. cum ita.* vbi dicit, quòd testator videtur se conformasse, & habuisse respectum ad ius, quod tunc seruatur puta statutorum, ll. enim abrogatæ non sunt in consideratione, vt. *C. de instit. C. de Confirm. in. l. vnic. in. §. hunc igitur. & C. de lati. libert. tollen. in. l. vni. in princip.* & pro hoc fac. tex. *de euictio. in. l. si fundus.* ex quibus cessant quæ *Gomez lat. si. in princip. de actio. colu. 16. in fi. numer. 46.* an facta commissione, vt secundum ius procedatur, de quo iure debet intelligi, & latè. *Pala. in intro. d. rubr. 2. colum.* & quę satis inaduertenter *Deci. consi. 685. numer. 5.* quod commissio talis debet intelligi quod falsum est, si dictum ius sit correctum, & fac. text. nota. *supra de consti pecun. in l. 3. in. §. 1.* Si quis autem constituerit (inquit text. &c.) quod iure ciuili debebat iure prætorio, non debebat, idest per exceptionem, an cõstituendo teneatur, quæritur & est verius, vt Pompo. scribit enim non teneri, quia debita iuribus non est pecunia, quæ constituta est. diximus supra libr. 1. in. ca. 15. cum ergo testator videatur disponere in casum l. prætoriæ, per quam necessitas est sublata, non possumus dicere quòd animo tollendi iura. suorum substitutionem fecerit, sed vt sibi de hærede prouideat, si filius ab hæreditate beneficio prætoris se abstinerit, vt *institut. de vulga. subst. in princip.*

Præterea quòd per licentiam abstinendi etiam expressam non tollatur suitas, patet, quia si verum esset hoc, propter abstensionem contingeret, ergo & ipsa abstensio tolleret suitatem, quia propter quod vnumquodque tale, illud magis. *supra de sacros. eccles. in authent.* multo magis, sed abstensio ipsa in actu non tollit effectus sui hæredis, *infra de vulga. & pupill. in l. si filius qui patri. & infra de acquirend. hered. in. l. filius qui se paterna. & in. l. si pupillus paterna. & infra de fideicommiss. liberta. in. l. cum quasi, in. §. sed si suus, & infra de bono. liber. in. l. & si ex modica. circa finem*, ergo nec licentia abstinendi quæ est sola potentia, nec enim debet plus operari causa pendens, quàm adueniens, seu effectui demandata, vt sic dicam, vt *infra de conditio. & demonst. in. l. cum tale. in. §. rescriptum, & supra ad senatusconsult. Velleia in. l. aliquando. in. §. fin. & infra de heredib. instit. in. l. si quis ita scripserit. & de iniust. rupt. in. l. nam etsi sub condit. in princip.* text. *de condit. inde. in. l. Iulianus verum debitorem*, fac. text. *extra de cleri. coniuga. c. Ioannes.* spes enim non potest plus operari, quàm euentus ipse, text. est *supra de vsufruct. lega. in. l. Sempronius Attalus in fin. princip. & supra de inoffic. testa. in. l. Papinianus, in. §. si conditioni. & de dona caus. mort. in-*

Ratio singularis.

fra in. l. mortis causa donatio. bonus text. in vsibus feudo. de capitan. qui curiam vendid. in. capit. 1. in. §. quæsitum. fac. extra de concessa preb. C. fin. lib. 6. cum alijs, cum igitur abstensio ipsa non tollat suitatem, & post eam remaneat filius directo hæres, ergo nec licentia vel potentia abstinendi id operabitur, ne plus operetur potentia quàm actus, contra iura suprà allegata, & sic etiam si inesset licentia abstinendi in substitutione vulgari, non tolluntur iura suorum, & huic rationi, nescio quis possit satisfacere. præterea si hoc voluissent iurisconsulti cum ex hoc plura dependeant & sit maior & difficilior quæstio quàm sit in iure ciuili in speciem expressissent, nec vt dd. volunt obscurè & aliud agendo per ll. quas inducunt, & tanquàm indubitatum vel præsuppositum præmisissent, expressum vero non est aliquod responsum iurisconsulti, ergo hoc iurisconsulti noluerunt, quinimo neque possent hoc inducere iurisconsulti, cum enim suitas lege duodecim tabularum fuerit inuenta & producta, iurisconsultorum authoritas, vel potestas ad eam immutandam non se extendit, vt dicemus. infra isto titu. in. l. gallus in princip. numer. 5. & diximus in libell. de redditib. ecclesiasticis, in prima parte in. capit. 2. in numer. 9. quicquid ergo circa suitatem est immutatum, in suorum fauorem induxit prætor in dict. l. necessarys. infra de acquirend. hæredat. & in. §. sed his permisit prætor. institut. de hered. qualitat. & different. ex quibus satis apparet veritas huius quæstionis, quòd substitutio vulgaris nihil officit suitati, tam ex defectu voluntatis, quam potentiæ.

22 Item pro ista opinione vltra prędicta, facit text. infra de conditio. institutio. in. l. fin. vers. altera. quem induxit Paul. C. de iure deliberan. in. l. si fratris. cui videtur simi. infra de hered. institut. in. l. suus quoque in. §. final. & pro inductione dictę l. fin. eius speciem confingamus, quidam filium suum sub conditione quæ possit impleri vltimo vitæ spiritu, hæredem instituit, sub conditione puta dandi, quæ per alium potest impleri, & sub qua filius institui potest, quia est facilis, ei adiecto vulgari substituto, quæsitum est, ex quo tempore substitutus admitti possit, & respondetur, quòd solum mortuo filio, non in eius vita etiam si incipiat mori ea scilicet ratione, quia dum viuit impleri conditio per alium poterit, & hęres existere, & sic nondum erit locus substituto, sed existere hęres eo tempore dum moritur aditione non potest, quia vltimo vitæ spiritu non potest expediri actus adeundi, vt est tex. vbi not. glos. infra quando di. lega. ced. in. l. final. pro qua est etiam text. vbi not. Bar. infra de leg. 1. in. l. ab omnibus. in. §. cum quidam. vbi conditio si hęres non erit, impletur, etiam ante mortem moriente instituto, ad idem text. eod. titul. in. l. si à pluribus, licet quodammodo contrarium senserit glo. infra de lega. 2. in. l. miles ad sororem, in §. pro parte glos. fin. sed verior est prima glos. per text. ibid. & iura sup. alleg. quod tenet etiam Fab. licet non allega. d. glo. instit. de hered. instit. in. §. hæres. Soci. infra de condit. in l. Mutiana. in princ. & infra de reb. dub. in. l. qui duos. numero 17. Iasson. C. de trans. in. l. siue apud acta. numero 18. quia actus hominis consumit tempus, ideo non potest considerari quòd in vltima spiratione quæ momentaria est, fiat aditio. ergo ibid. non potest aditione hæres fieri filius, impeditur tamen substitutus interim dum adhuc filius viuit, quia potest existere hæres, scilicet ex iure suitatis, quod à l. expeditur, ideo tempus non consumit, sed momentariè fit, vt infra de condit. & demonstrat. in. l. Iulianus noster. & supra dictum est in quinto fundamēto partis affirmatiuę, si igitur ex iure suitatis ibi fuit hæres, ergo substitutio vulgaris quę ibidem fuit facta, non est sufficiens ad tollendam suitatem. Item ibid. ad impediendum substitutum solum l. considerat, quòd sit hęreditas delata instituto, etiam si id eo tempore, quo adire non poterat, contingat, quia mediante l. existentia fit hęres, si enim nec isto modo contingat, substituto delata esset hæreditas ex eo tempore, quo institutus potestatem, adeundi amisit, & ita in filij vita, quod text. negat. 23 Contra Corne.

Nec valet Solut. Cornel. vel intellectus in. d. l. si fratris colum. 17. dicentis quòd ideo ibidem ius sui hęredis substitutione sublatum non fuit, quia erat suspensum conditione, vt infra de hered. institut. in. l. iam dubitari, ideo auferri non poterit vt infra de verborum obligat. in. l. decem. quia respondeo quòd eo casu & tempore, quo ibi lex suum hæredem facit impleta scilicet conditione substitutio id efficeret, si vim tollendi suitatem haberent, quod tamen ibidem non operatur, ex eo ergo quia vim hanc substitutio non habet, item si ista solut. esset vera, sequeretur quòd si filius esset conditionaliter, institutus, & in defectum conditionis exhæredatus esset, quòd deficiente conditione suitas exhæredatione non tolleretur, quasi suspensa suitate exhæredationis tempore, quod est contra mentem omnium. C. de institut. & substitut. in. l. si pater. sunct. d. ll. supra allegat. infra de acquirend. hæred. in. l. qui in aliena. in. § interdum. præterea conditione purificata, dispositio à pura non differt, vt infra de vulga. & pupil. in. l. fin. in. §. Titius. & supra quæ potior. in pigno. hab. in. l. potior. facit text. infra de acquirend. hæred. in. l. si quis extraneus. in. §. fin. & quæ tradunt doctores vt refert. Aret. d. l. fin. quod instrument. purificatum meretur executionem sicut purum, de quo infra de verbo. obligat. in. l. hoc iure per doctores. & per Bald. in. l. cum testamentum. C. de testamenta. manu. Ang. in dicta. l. fin. in. §. Titius, Iat. Cro. in. l. si is qui pro emptore. infra de vsucapio. colum. 55. de quo per Ben. in. l. 1. supra si certum peta. per Pari-

sium

ſinm in conſil. 11. *numero* 83. *volum.* 1. de quo nunc non agemus, ſed in caſu d. l. fin. purificata inſtitutione filij, vulgaris ſubſtitutio iura ſuiiatis non tollit, ergo idem, ſi à principio eſſet puta inſtitutio.

24 *Contra Iaſſ.* Nec valet intellectus Iaſ. *in iſta l. ſi filius hæres. numero* 9. *&* 10. dicentis, quòd ibidem implendo conditionem eſt veriſimile filium velle eſſe ſuum, item quòd teſtator videtur prouidiſſe de ſubſtituto in eo caſu, quo conditio deficeret, ideo ea exiſtente non deficit ſuitas propter ſubſtitutionem, licet aliàs ſoleat eam auſetre, ſed reſpondeo, quòd ibidem ponimus conditionem à tertio filio ignorante impletam, vt patet, quia impletur vltimo vitæ ſpiritu, quo caſu omnis voluntas ceſſat, nam ibidem voluntate non eſſe hæredem apparet ſecundum legis exiſtentia, prætetea, ergo in voluntate filij, cui eſt datus, ſubſtitutua eſſet, vt ſit ſuus hæres, quod ridiculum eſt, ſi ſubſtitutio ſuitatem auſetret, item dicere, quòd teſtator ibidem prouiſit in vnum caſum, ſcilicet in defectum conditionis, & hoc præſumitur, idem diceremus ſemper, quòd diſpoſuit teſtator eo caſu, quo non eſſet hæres, beneficio prætoris vtendo, quod crebrius continget, ergo nullo caſu ſuitas ſubſtitutione auſertur.

25 *Contra Aret.* Nec etiam valet intellect. *Aret. in hac. l. ſi filius hæres. column.* 9. qui ſatis ſubtiliter loquitur dicendo quòd ibidem in extremo mortis articulo ſublato iure ſuorum hæreditas ſubſtituto defertur verè & realiter, ſed quia ſubſtitutus id ſcite certo non poteſt, impeditur eius aditio, donec filius moriatur, licet verè in vita eius delata fuerit, vult ergo Aret. quòd ibidem de aditione agatur, non de delatione hæreditatis, ſed errat manifeſtò nam iſte intellect. eſt contra primam partem text. quia ſecundum hoc idem eſſet in conditione, quæ vltimo vitæ ſpiritu impleri non poteſt, cum neſciat ſubſtitutus punctum præcedentem exhalationem, vel quo poteſtas conditionis implendæ clauditur, cum ab homine certo ſcire non poſſit tẽpus, quo mori incipiat, ignoratis enim naturæ terminis, eius opinio falli poteſt, ideo dicendum eſt, quod ille text. non habuit reſpectum ad hæreditatis aditionem, ſed tantum ad delationem, ideo ſolum inquirit ex quo tempore delata ſubſtituto dicatur, & vt appateat falſitas intellect. Aret. pone, ſeruum neceſſarium ibidem ſubſtitutum ſecundum intellectum Aret. ille text. non procederet, quod certè verum non eſt, cum in aditione ſubſtituti nullam vim text. faciat, & hoc maximè apparet, nam licet aditi ibidem non poſſit hæreditas ex capite certitudinis, quæ non poteſt in ipſo mortis articulo haberi, tamen ſi fundet ſe in ſua opinione, quę poſtea veritate comprobetur aditio valebit, vt *infra de acquirend. hered. in l. cum quidam in. §. quod dicitur*, & iſto caſu poteſt verificari *dicta. l. fin.* in vera aditione ſubſtituti, & non in ſola delatione, vt ſatisfaciamus Aret. aliàs autem nec in prima parte text. poſſet hæreditas adiri in vita inſtituti à ſubſtituto, niſi nitatur in opinione ſua, quæ poſtea verificetur, in ſecunda verò parte text. quando eſt conditio, quæ poſſit in vltimo vitæ ſpiritu impleri, ex nullo capite poteſt adire, ſubſtitutus, nec ex ſua opinione, quia nondum eſt ſibi delata hæreditas, cum conditio inſtitutionis impleri poſſit, & ſic filius ſuus hæres exiſtere, ſed & hæc omnia ceſſant, quia ſi ibidem ſuus non eſſet filius, nepos ſubſtitutus eſſet ſuus, vt *in hac. l. ſi filius hæres.* & ideo nun eſſet quod de aditione ibi tractetur, cum nepos ſubſtitutus per l. effectus eſſet hæres, ſi delata eſſet hæreditas defecta ſpe implendæ condiционis in ipſo mortis articulo, & pro hoc eſt text. *infra de acquir. hered. in l. qui in aliena in. §. interdum cum aquiparatione quam de exhæredatione* fac. text. *in. d. l. fin. in fin.*

Et ſic eſt ibid. text. expreſſus, quòd datio ſubſtituti vulgaris non tollit ſuitatem, ſecundum verum & neceſſarium intellectum, reprobato intellectu *Cornelij Iaſ. & Aret. in. ll. ſupra allegat.* & licet ad *d. l. fin.* videatur poſſe reſponderi, quod loquatur in nepote ſubſtituto iuſta text. in *l. Iulianus. infra ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* tamen hoc non tenetur, communiter ſecundum *Socin. in. d. l.* 1. *in* 13. *limitatio.* per iſtum text. & ideo in. *d. l. fin.* eſt text. expreſſus contra communem opinionem quamuis *Acoſ.* nepotem in caſu l. Velleiæ ſubſtitutum videri aſſeueret. *infra cod. in. l. gallus in §. quod ſi tantum. in pagin.* 174. *&* 172. *numero* 26. ſed hæc reſponſio ſeu interpretatio eſt contra text. in. 26 *Contra Acoſtam.* *l. ſuus quoque in. §. fin. & in l. ſequenti, infra de hæredit. inſtitut.* qui loquitur etiam in extraneo ſubſtituto, neque impeditur per eum ſuitas filij, & ita *dicta. l. fin. infra de condi. inſti.* euidenter probat inductionem Pauli de Caſtro, & ex his ſatis euidenter probatur quod per dationem ſubſtituti, vulgaris, non tollitur ſuitas, omiſſis alijs doctorum fundamentis quæ cumulantur ab *Alexand. Corn. & Iaſon. ſupra allegatis*, quia non ita concludunt. Solum reſtat vt rationibus ſupra allegatis pro contraria parte reſpondeamus.

Et primo non obſtat hæc *l. ſi filius hæres.* quia ſequendo intellectum Chriſtoph. de Caſtellione quem referunt poſteriores, filius nun habet ſuitatem, non ratione ſubſtitutionis vulgaris, ſed quia inſtitutio filij, & ipſum teſtamentum ex natiuitate poſthumi pendent, venter enim plenus fuit præteritus, ex quo efficitur vt vis teſtamenti ſit impendenti, vt in. *l. ventre præterito. infra de acquirend. hæredi.* nec obſtat quod in *hac. l. ſi filius hæres*, filius ſolus fuerit inſtitutus, qui omni caſu eſt futurus hæres, ſaltim ab inteſtato eius morte deſtituto teſta-

mento, quia reſpondeo quòd hoc non eſt verum adiecto ſubſtituto vulgari, filio enim mortuo, antequàm ſit ſuus hęres nepos ſubſtitutus eſt hæres ex teſtamento, ſecus autem ſi eſſet ſolus filius inſtitutus nullo ſubſtituto adiecto, tunc enim inteſtatus pater moreretur, & ita intellige *verſ. quod ſi nemo.* Item quòd iſte text. nihil facit, apparet, quia ſubſtitutio hîc facta cum fuerit de nepote poſthumo potius videtur facta in ſuitate, in qua ſpecie cum magis reſpiciat caſum, impotentiæ, quàm voluntatis, ipſimet doctores fatentur non videtur conceſſa licentia abſtinendi, vt *in. l. Iulianus. infra ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* & ideo non tollitur ſuitas, vt per *Bald. in l. cum proponas. C. de hæreditat. inſtitut. & Ange. in. l. Papinian. in. §. quarta autem. ſupra de inoff. teſtam.* ideo *iſta. l. ſi filius hæres.* nullo modo fac. pro communi opinione maximè quia verius eſt ſine vlla diſtinctione ſubſtitutionem vulgarem non tollere ſuitatem quocunque modo fiat ſubſtitutio.

28 Non obſtat ſecundum fundamentum *legis ſi ſine. in. §. ſed quod Papinian. ſupra de minoribus,* vbi videtur, quòd filius repudians non habet iura directa ea ratione, quia fuit ſibi facta ſubſtitutio vulgaris, propter quam fuit ſublata ſuitas, nam verius eſt quòd text. ille loquatur in inſtitutione facta de extraneo, non enim apparet eſſe filium illum, de quo text. loquitur, fruſtra igitur de ſuitate agitur, circa illum textum qui totus loquitur in extraneo hęrede, & quod text. dicit & quidam in extraneo pupillo, vult dicere quòd male *Papi.* in ea ſpecie loquatur, quia in eiſdem terminis Diuus Pius reſcripſit.

Et vt plenè illum text. intelligas dic quod tres partes habet ille tex. prima pars, quando extraneus minor inſtitutus repudiarit, dato vulgari ſubſtituto ſeruo, qui licet minor reſtituatur aduerſus repudiationem remanet liber, ſecundum Papi. non hæres, quod falſum eſt, quia minor ſolùm habet vtiles, vt in verſi. & quid ait, qui hic debet cõtinuari vt patet ex tex. & quod loquatur in extraneo faciunt verba text. ibi repudiante,] & in verſ. ſequenti, ibi, adierit.

Secunda vero pars eſt in *verſ. ſi autem,* in quo ponitur caſus quando minor prius adiuit, & poſt aditionem abſtentus eſt, quę abſtenſio propriiſſima eſt in extraneo, qui ſemel adiuit per viam reſtitutionis, in qua ſpecie vult Papin. nec liberum, neque hæredem ſeruum fore, in quo repræhenditur, nam poteſt eſſe liber, hæreditate non exiſtente ſoluendo & habebit bona, ſecundum reſcriptum Diui Pij, nec iſto caſu intereſt, ſit minor ſuus, vel extraneus, quia ſi aditione effectus hæres ſemel non excludit ſeruum, multo minus ſuitas id efficiet, & in iſto caſu ſeruus erit hęres vtilis, directus enim eſt ille, qui ſemel adiuit, ideo dictum Papinia. non per omnia verum eſt, eſt tamen pro maiori parte verum, nam ſeruus nullo caſu eſt hæres directus, in vno tamen eſt liber & vtilis hæres, ſiue minor ſit extraneus, vt loquitur *Papinian. & Diuus Pius,* ſiue ſuus, quia ſi aditio expreſſa non nocet, multo minus nocebit ſola exiſtentia ſui hæredis, ideo ridicula eſt inductio Iaſon. & aliorum ex verbis text. ibi, abſtentus dicentis, quod abſtinere eſt ſuorum, quia ſi verum eſt *Contra Iaſ.* quod ipſi dicunt quòd per ſubſtitutionem vul- *& alios,* garem ibi eſt ſublata ſuitas, ergo non poteſt dici abſtenſionem fieri à ſuo, iam ſubſtitutione ſublata ſuitate, & ita verbum abſtineat. non oſtendit neceſſario text. loqui de filio, quia neceſſario de repudiatione debet intelligi, & hoc etiam probatur, ex verbis text. in princ. ibi repudiante. ex quo apparet verbum abſtentus impropriè pro repudiatione aſſumi, quæ ab extero fit, vt textus videatur loqui in pupillo repudiante. in qua ſpecie loquitur *Papin.* quem ipſe reprehendit, nec abſtenſio, quæ fit hæreditate ſemel adita, poteſt ad ſuitatem pertinere, quia prætor qui ſuis hæredibus facultatem abſtinendi conceſſit, id permiſit, niſi ſe immiſcuerint, ideo adita ſemel hæreditate eis non conceditur, vt in *l. neceſſarijs de acquir. hæreditat.* ibi ita ſi ſe non immiſcuerint,] & in *l. iam dubitari. in. §. ſi voluerit. infra de hæreditat. inſtitut.* & ita text. in. *d. § ſed Papi.* non probat opinionem doctorum.

Aduertendum etiam eſt quòd *Iaſ. in iſta. l. ſi filius hæres. à numero* 41. interpretatur aliter *Contra Iaſ.* illum text. dicendo, quòd ideo filius non habet iura directa, quia ſe abſtinuerat ab hęreditate paterna: hæc enim interpretatio nihil valet, imo eſt ridicula, quia abſtenſio; non efficit, vt ſuitas tollatur, imo tunc eſt opus vt operetur: vt in *l. filius qui ſe paterna. & in l. ſi filius paterna. infra de acquirend. hæredita.* ideo verius eſt, quòd ille tex. loquitur de extraneo pupillo, & non de filio ſuo.

Tertio argumento ſcilicet quod per dationem vulgaris ſubſtituti abſtinendi licentia videatur conceſſa, ſatis videtur factum ex his quæ ſupra diximus allegando pro iſta noſtra opinione quia & ſi id eſſet verum, ſuitas non tolleretur, hoc enim magis neceſſitatem, quàm ſuitatem reſpicit.

Ad quartum vero argumentum, in quo habetur, per dationem vulgaris ſubſtituti inſtitu- 29 tionem filij ſui reddi conditionalem, ſub conditione ſi voluerit, qua tollitur ſuitas, ſic reſpõdetur quòd hoc ſit falſum ſcilicet quòd videatur conditionaliter inſtitutus, nam aliàs ſequeretur quod impediretur tranſmiſſio per dationem ſubſtituti vulgaris, cum iure conditionalia non tranſmittantur. *C. de cad. tol. in. l. vni. in. §. ſin autem ſub conditione,* nec ex capite ſuitatis, tex. eſt. *C. de fideicommiſſ. in. l. ſi in perſonam.* reprobatum intell. gloſ. ibid. eſt text. etiam *infra ad ſenatuſconſult. Trebell. in l. hæredes mei. in. §. cum ita.* vbi Bart. text. etiam *infra de legat. 1. in. l. ſi cui legetur. in. §. 1.* vbi not. *Bal.* & hoc probat *gloſ. C. de his quæ ante aper. tab. in. l. vni. contra gloſ. de d. l. ſi in perſonam,*

sonam. & contra glos. infra de action. & obligation. in. l. iscus sub conditione. in. §. fin. quàm reprobant. dd. approbat. *glos. infra de de lega. 2. in. l. cum pater. in. §. hereditatem.* quam sequitur *Bar. infra de lega. 1. in. l. 1. 4. colum. vbi Ias. numero 92. d.* istam partem communem teneri, referendo Alex. istud asserentem, & istam opinionem dicit communem *Deci. consil. 594. fi. colum. & consil. 574 colum. 2. Alex. infra de vulgari & pupil. in. l cum ex filio. Ias. infra de lega. 3 in. l. se coniuncti. 14. colum. Deci. consil. 3. 94. & consi. 55. Ias cons. 80. vol. 1. Curt. consi. 63. colum. 17. Corne. consi. 248. volum. 1. Cornel. consil. 89. & consi. 180. volu. 4. Soci. consi. 77. colum. 1. in fi. vol. 1. Alex. cons 90. 2. col. vol. tertio* & ista est communis opinio secundum *Petrum P. Paris. cons. 37. numero 77. & cons. 38. 2. colum. numero 4. & cons. 70. 2. colum. numero 7. & cons. 75. 4. colum. numero 21. & cons. 77. numero 2. cum sequentib. & cons. 78. in princ. & 83. 1. colum. & cons. 91. num. 19. volum. 2. cons. & secundum eund. cons. 4. num. 1. cum seq. & cons. 8. nu. 5. & 14. & cons. 17. nu. 25. & & cons. 50. n. 1. cum seq. & cons. 52. num. 1 -. vol. 3.* & est text. expreflus *in. l. fin. infra de condit. instit.*

30 Sc d substitutio non impedit transmissionem institutionis, quia eisdem casibus transmittitur quibus si non haberet substitutum transmitteret, puta ex capite iuris deliberandi, ex potentia sanguinis, vt. *C. de cadu. toll. in. l. vni. in. §. cum autem* text. etiam secundum expositionem *Ricard. Malumbra. C. de his qui ant. apert. tabu. in. d. l. vni.* vt eum refert & sequitur *Bar.* quem omnes sequuntur *infra de vulg. & pupil. substit. in. l. 1. 5. colum. num. 20.* vbi tenent quòd ille in quem fit transmissio præfertur substituto vulgari, quod etiam voluit *Bar. infra de lega. præstan. in. l. sed si pro dote, in. §. fin. 2. colum. & idem Bart. C. de hereditat. institut. in. l. cum proponas.* vbi *Ias. 7. colum.* attestatur istam opinionem communem *idem Bart. infra de hereditat. institut. in l. si paterfamilias Titium.* sensit *glos. infra de acquiren. hereditat. in. l. 3. glos. 1.* quod bene explicat *Salic. C. de iure deliberato. in l. cum antiquioribus.* & est omnium concors sententia, vt patet ex recentioribus *in. d. l. 1.* apertè igitur constat vulgarem substitutionem institutionem conditionalem non reddere, alias enim cessaret transmissio.

Nec obstat si dicatur quòd institutio redditur conditionalis ea scilicet ratione quia in vltimis voluntatibus paria sunt conditionaliter relinquere vel adimere sub conditione, vt *de condition. & demonst. in. l. aliquando, cum aliis supra allegat.* ideo cum per substitutionem videtur adempta institutio conditionaliter scilicet si hęres esse noluerit, sub conditione si voluerit institutus videatur, & per consequens sublata suitas, sicut si sub conditione si voluerit filius fuerit institutus. Quia his respondeo quòd dicta iura loquuntur in relictis particularibus in quibus ademptio conditionalis totam dispositionem reddit conditionalem, secus vero in institutione vt patet ex supra dictis.

Franc. Sarmientus

Secundo modo potest singulariter solui 31
hæc difficultas quòd ademptio conditionalis faciat condinionalem principalem dispositionem, verum est in aliis conditionibus secus autem si adimatur sub conditione si noluerint prout in substitutione contingit, quia tunc non fiet principalis dispositio conditionalis ea scilicet ratione, quia conditio huic contraria est illa si voluerit, quę isto casu est tacita cum sit sub contraria comprehensa, ideòque non suspendit, nec vim conditionis obtinet cum de natura dispositionis insit, licet enim conditionalem efficiat, vt *infra de legat. 1. in. l. si ita legatum in §. illi si volet & infra de heredib. institut. in. l. iam dubitari. & in. l. Cornelius.* tamen verum id est vbi exprimitur, non autem vbi ex natura dispositionis colligitur: argum. *infra de legat. 1. in. l. 3. cum ibi nota.* & sic ille. §. *illi si volet*, in expressa, non in subintellecta conditione procedit quod etiam alias contingit *infra de conditio. & demonstratione in. l. non vnquam. & in. l. si in diem, in. § final. & in l. conditiones. exterum secus, & infra de regul. iur. in l. expressa nocent.* & ideo ex substitutione institutio conditionalis non redditur, quia conditio, quę ex ademptione colligitur ante inerat, & hic est verus & subtilis intelligendi modus, licet à doctoribus nostris non consideretur.

Tertio etiam modo potest singulariter euadi hæc difficultas quòd prædicta procedunt in vera ademptione conditionali, per quam dispositio principalis conditionalis efficitur, at substitutio non potest propriè dici ademptio, cum intentio testatoris adimendi non fuerit, cum magis dilexerit institutum, quàm substitutum: vt *infra de condit. & demonstratione in. l. Publius Meuius, in. §. fin. fac. supra de vsufruct. in. l. quoties, cum his quæ Bart. fin. columm. & ibi Alexand. 2. in. l. Gallus. in. §. etiam si a parente. de libr. & posthum. Ang. & Imol. infra de heredi. institut. in l. qui soluendo. 2.* & fac. *instit. de donat. in. §. 1.* ideo dando substitutum non videtur ab instituto velle adimere, sed sibi de hærede prouidere: vt *institu. de vulga. in princip.* scilicet in casum quo hæredes esse vel noluerit, vel non potuerit, non autem ab instituto inuito voluit extorquere, quod proprium est ademptionis, cum ergo non possit ademptioni dici non operabitur, substitutionis conditio, vt principalem institutionem conditionalem reddat, & sic. *d. l. aliquando, & d. l. quod purè.* solum procedunt in ademptione vera conditionali, non autem in substitutione, siue in hæreditatibus, siue in particularibus relictis loquimur, quæ omnia sunt singulariter not. quia à nostris doctoribus non considerantur, & sic cessat quartum fundamentum quod maxime videbatur aduersari nostræ opinioni.

Ad quintum verò text. *infra ad l. falci. in. l. qui* 32
fundum. in. §. qui filium. vers. sed hoc ita. responde-

tur, quod ibidem filius decessit in vita patris,
quo casu non est quid de iure sui hæredis quæ-
ratur, & hoc est quod. d. text. antequam patri
hæres existeret. scilicet quia eo viuo decessit, si
enim vita patrem superaret, hęres ipso iure ex-
titisset, non autem ideo ibidem non extitit
suus hæres, quia per substitutionem fuerit im-
peditus, & quod in vita patris mortuus fuerit,
sensit *Alexand. ibid.* aliter etiam possumus res-
pondere, quòd non sufficit, vt ibi fuerit suus
hæres filius, sed requiritur quòd actu hæres fue-
rit, vt substitutus possit contributionem eui-
tare, nam licet eo casu quo est suus hæres ad
eum transmiserit adeundam, tamen ne fiat
fraus contributioni ex iure accrescēdi, vel sub-
stitutione habere debet, nec potest se iubare
ex aditione sua, sed requiritur quòd vere se im-
miscuerit pupillus, quod patet ex fi. text. vbi
substitutus suus est, & pro hoc, quia poss. t ius
accrescendi eligere, & cessabit contributio, vt
eod. tit. in l. 1. in. §. si cohæredis. tamen quia cum
substitutione iungitur, id non permittitur, ita
vt nec ex transmissionis iure id permittatur,
denique fit contributio ex iure substitutionis,
nisi vbi legata iam deberi cœperunt, in. *d. l. 1. in.*
§. si cohæredem. tamen sola suitate non cœperunt
deberi, & hic est verus & singularis intellectus,
sic igitur in suo consideratur, adiuerit, vel non,
quia agitur vt sciamus an debebantur, iam ab
eo legata, ad quæ debenda non sufficit sola
suitas vt debeantur, in suo enim nihil in-
terest adiuerit, vel non, quoad transmissionem,
vel ea quæ talia sunt vt suitate sola confirmen-
tur, secus quoad ea, quæ obligatum quem re-
quirat qualia legata sunt, vt diximus supra in
l. suis, tamen quia ibi hęres ex transmissione non
adit, vitabit contributionem: de hoc dic vt dixi.
supra in princip. iste est verus intellect. illius
text. nec loquitur in substitutione vulgari ex-
pressa, sed in pupillari, item ibi transmittitur
hæreditas, quicquid ipsi, sed tanquàm adeun-
da, si enim vt adita non fieret contributio, vt in.
d. § si cohæredem meum.

33 Ad sextum verò sic respondetur scilicet
quòd in casu *de vulgar. & pupill. in l. qui plures. in.*
§. fin. non constat substitutionem vulgarem ex-
pressam factam fuisse, item nec ibidem constat
filium fuisse institutum, potuit enim fuisse ex-
hæredatus: text. enim solum vult decidere
quæstionem, an coacta aditio substitutio-
nem pupillarem confirmet, præmittendus
igitur casus erit, quo aditio sit necessaria,
nec diuinare videbimur cùm text. id præmit-
tat, ideo vel filium exhæredatum præmitte-
mus, vel ex aliquo capite suorum iura non sub-
sistere, non vi substitutionis vulgaris expressæ,
quam ibidem factam non apparet, & ex his
satis fit fundamentis, quæ pro communi opi.
facere videbāntur, & remanet vera nostra opi-
nio, quod per substitutionem vulgarem factam
filio non tollitur suitas.

Iuxta prædicta vero succedit notabilis quæ-
stio, an sicut per dationem substitutionis vul-
garis non tolli suitatem, conclusimus idem de
adiectione cohæredis extranei dicendum sit, &
& in hoc crebrior doctorum est calculus, tolli
suitatem per dictam adiectionem extranei co-
hæredis, istam enim partem tenent *Dyn. Bar.*
Ang. & Imol. in l. apud Iulianum in. §. idem Iulianus.
vbi *Alexand. ad Trebellia. Bald. post Iaco. de Aren. &*
commun. omnes. infra de vulg. & pupill. in l. si filius qui
patri. Cyn. C. de impub. in. l. precibus, Bald. C. de iure
delibe. in. l. quidam elogio, vers. sed oppo. & in l. si fratris.
vbi etiam *Cyn. & Paul.* istam opinionem tenent,
Bald. C. de suis & legitimis hæredibus. in. l. defunctis, &
& Codice de impub. in. leg. post. aditam, Bart. &
Alexand. supra isto titu. de lib. & posthum. in. l. si post-
humos. in. §. 1. & trad. *Guill. verb. mortuo itaq. testato-*
re. 2. nu. 208.

In cuius comprobationem primo adducitur 34
text. *infra ad senatusconsult. Trebel. in. l. apud Iulia-*
num. in. §. idem Iulianus. vult enim ibid. text.
quòd si pater filium suum hæredem instituat,
datis extraneis cohæredibus sibi pupillariter
substitutis, à quibus fidei commissum relin-
quit, ex paternis tabulis adire debent, vt pos-
sint ex secundis adire, quibus aditione paterna-
rum confirmatis, fiet aditio ex eis, & restitutio.
inquit enim *Vlpianus*, idem Iulianus ait. Si duo
fuerint à patre instituti cum filio eius impube-
re, & idem substituti filio. sufficere ei, qui fi-
deicommissum in secundis tabulis accepit v-
num ex hæredibus institutis cogere adire pa-
tris hæreditatem, hoc enim facto, confirmatis-
que patris tabulis, poterunt ex substitutione
ambo cogi adire, & restituere hæreditatem.
Ecce tex in quo requiritur aditio ex testamen-
to paterno, vt tabulę pupillares confirmentur,
ergo suitas defecerat, ea enim stante sine adi-
tione tabulæ pupillares confirmarentur,
vt *infra de vulg. & pupilla. in. leg. si filius qui*
patri. & de acquirend. hæreditat. in. l. filius qui
se paterna. cum l. sequent. probat *Bart. & omnes*
in. d. l. si filius. Bald. Codice de iure deliberand. in. 35
l. quidam elogio. 3. colum. & 7. & est omnium
concors sententia, sic ergo ibi suitas fuit
sublata per admixtionem cohæredis extra-
nei, sic & aliàs aliquid mali propter vicinum
malum, vt *infra ad l. Pompei. de parricid. in. l. vtrum.*
vbi *Barto.* quòd mandans, vel auxilians
alicui in delicto, sortitur eius qualita-
tem, vt grauius puniatur, quod etiam
annotauit idem *Bartolus infra de furt. in. l. is,*
qui opem in columna penultima sensit *idem Bar-*
tol. infra de vsucap. in. l. si is qui pro emptore. co-
lumna 17. numero 64. de quo dicemus infra
ad solutionem huius fundamenti, sic etiam
videmus duobus causis concurrentibus eam,
quæ impedit præualere, vt *supra mandatum:*
in. l. antepenultima in. §. primo & est textum. in.
l. 3. in. §. final. vbi not. *glos. infra ad senatuscon-*
sul. Sillenia, & infra ex quibus caus. in poss. eat. in.
l. Fulcinius. in. §. quid ergo. & infra quibus ad li-
ber. proclam. non licet, in. leg. final. vbi glos. al-
legat

legat plures leges, & *infra de cond. & demonst. in. l. Lauia, in. §. 1. & supra de arbitr. in. l. Pedius. in. §. 1. & infra de vsucap. pro empto. in. l. 2. in. §. si à pupillo, & delega. 2. infra in. l. cum pater. in. §. Meuio*, sic in proposita specie, causa suorum prodest ad plurima, quæ ex vi suitatis causantur, causa extranei his aduersatur, ergo causa extranei est inspicienda, & mixtura extranei facit quòd pro extraneo suus iudicetur.

36 Secundo probatur hæc pars per tex. *infra ad Trebel. in. l. nam quid. in. §. si quis compulsus.* vbi filio & extraneo hæredibus institutis, si filio pupillaris sit facta substitutio, inquit text. quod aditione coacta, tabulæ pupillares confirmantur, ergo ius suorũ non operatur, ea scilicet ratione, quia extranei hæredis admixtio hoc abstulit.

37 Tertio pro ista parte facit tex. in. *l. sed & si plures. in §. filio impub. infra de vulg. & pupil.* vbi paterna hæreditate repudiata, substitutus idemque cohæres pupillo ex pupillari succedere non potest, quod posset, si suus extitisset filius, tunc enim sine aditione ex testamento paterno posset ex substitutione pupillari succedere: vt in *l. si filius qui patri. eod. titu.* admixtione ergo cohæredis extranei est sublata suitas.

38 Quarto pro ista opinione facit tex. *in. l. qui fundum. in. §. qui filium. infra ad. l. falcid.* vbi dato cohærede extraneo filio suo, distinguitur vtrum filius decesserit antequam patri hæres existeret, vel postquàm hæres fuerit, quæ distinctio in suo hærede cadere non potest, eum nullum possit esse tempus in quo hęres non fuerit: vt notatur in *l. cum hæreditas. Codice depositi.* & quia hæc opinio satis doctorum auctoritate est fulcita, transeamus ad partem negatiuam, quæ verior est, quam tenuerunt subtiles doctores *Christoph. de Castellione, & Rapha. Cuma. in. l. si filius qui patri. infra de vulg. & pupill. & Fulgos. in l. si fratris. Codice de iure deliberand. & Romanus in l. apud Iulianum. in. §. idem Iulianus supra allegata*, qui omnes tenent, quod per dationem cohæredis extranei suitas non auferatur.

Pro qua opinione in primis est text. in *l. si fratris. Codice de iure delibe.* vbi filio suo hærede instituto extraneo cohærede admixto transmittitur hęreditas iure suitatis, inquit enim tex. Si fratris tui filius mortis tempore in patris fuit potestate, siue ex asse hæres institutus est, etiam clausis tabulis, hęres potuit existere, siue ex parte, nihilominus statim suus hæres extitit, nec ea propter quod intra paucos dies mortis patris sui concessit in fatum, tu ad eiusdem fratris tui potes accedere successionem. Ergo per cohæredem extraneum tale ius non fuit sublatum, nec videlicet solu. *Iacob. de Are. Raynel. de Forti. Bal. Ang. & Imol. infra de vulg. & pupil. in. l. si filius qui patri. & ibidem. Dyn. Cin. C. de impube. in. l. precibus. & recentiorum. ll. supra allegat.* quòd per dationem cohæredis extranei tollantur iura suorum, scilicet quoad ea, quę ex testamento dependęnt, secus verò quoad ea, quæ extra testamentum sunt: puta quoad transmissionem, quia imò si deberet fieri aliqua distinctio è contrario deberet fieri, vt per plura probat *Bened. de Plumbi. rep. d. l. si fratris.* item etiam quia prædictam distinctionem non admittunt ipsi. dd. in substitutione vulgari, quàm indistinctè volunt iura suorum adimere, ergo nec nostra quæstione debet admitti talis distinctio, cùm vtrobique ex mente defuncti id contingere fateantur, præterea si ipsi fatentur talem filium transmittere ex iure suorum, eo fiet quia suus hęres extitit: vt in *dicta lege si fratris.* & sic est in bonis eius, in. *§. sui. de heredibus quæ ab intestatione & in lege in suis.* ergo confirmantur tabulæ pupillares, quæ ex ista sola subsistentia confirmari solent, in. *dicta lege si filius qui patri.* denique impossibile est dicere quoad quid suum hæredem censeri, quoad quid extraneum, cum vna eadémque res non debet diuerso iure censeri, vt *infra de vsucap. in lege eum qui ædes, & infra de vulg. & pupill. in lege iam hoc iure, & supra de rerum permutatione in lege prima versicul. nec ratio patitur, &c. extra de priuileg. c. quia circa de conditione & demonstratione in l. Titia. extrau. de decim. in. c. cum in tua. & 12. q. 2. c. cognouimus, &* magis in specie in propria materia: optimè *Fab. inst. de hereditate qualitate & differentia in §. sui.* dicit singulariter, quod suitas est quid indiuiduum, ideo non potest dici quis suus pro parte, & pro parte non, quod apertè probatur, nam hæres suus à lege fit hæres, & est hæres legalis, qui à lege fit, sicut extraneus aditione fit hæres, & sicut impossibile est, quòd existentia veri hæredis pro ea parte pro qua est hęres scindatur, *infra de acquirend. hæred. in l. qui totam & in l. si ex asse, & in l. si solus in. §. item puto & Codice de iure delibe. in l. quidam elogio.* ita est impossibile, quòd existentia hæredis à lege inducti scindatur, & sic quod suitas diuidatur, nam sicut homo verus non potest habere duo capita, vt *supra de statu hominum. in lege non sunt liberi. & de verborum significatione in lege quæret aliquis.* ita neque mysticus vel imaginatus, *extra de offic. ordi. capite quoniam in plerisque & 7. quæstio prima capite in apibus*, nec potest quis partim liber, partim seruus iudicari. *Codice de latin. libe. toll. in lege vni. in princip. & infra de manumissione testament. in lege ideoque & infra de statu libe. in lege duobus & de liberatione cam. in lege si pariter. in finali. & Codice commu. de manumissione in lege finali.* nec potest quis filius reputari quoad quid. *supra de adoptioni. in lege si tibi.* nec potest quis partim legitimus, partim illegitimus haberi: vt *extra qui fil. sint legi. capite per venerabilem. versiculum præterea.* esset enim monstruo simile, vt per *glos. de clandestinatione desponsata capite cum inhibitio*, nec potest quis emancipari quoad vnum effectum tantùm, vt probat *Baldus Codice qui testament. fac. possess. in lege senium. quæstio penultima* vbi *Paul. & Roman.* pro quo faciunt suprà d. licet ad hæc sint argum. contra in vsib. feudo. *capite de filius nat.*

Y 4 *ex matri.*

ex matri. ad Morgana contract. sed ille tex. speciale ius continet, nec trahi debet extra suos terminos, vt alibi dicemus: cùm igitur impossibile sit, suitatem diuidi, distinctio, quam faciunt dd. inter existentiam sui hæredis quoad testamentum, vel extra, tenenda non est, sed indistinctè tolli, vel non tolli suitatem, quam aliquid operari constat, etiam extraneo admixto cohærede, ergo in totum operatur, & ita debet intelligi d. l. 5. quę decidit istam q. quod in eodem tex. euidentissimè probatur. nam tex. ibi vult, quod filius etiam ex parte hæres institutus, sit suus hæres, dicit enim nihilominus statim suus ei hæres extitit, & ita hoc dicit generaliter, non restrictè ad aliquem effectum, & postea infert ad transmissionem suus extitit, ergo transmisit, etiam non aditam hæreditatem, apertè igitur ibi probatur, esse suum hæredem simpliciter, non obstante extranci hæredis admixtione, alioqui non differret in aliquo consequens ab antecedenti, ibi autem necessariò intelligi debet exterum fuisse filio coniunctum, alioquin si alius filius suus hęres coniunctus esset, vana esset quæstio fratris, quam ibi decidit imperator, quia tunc non solum transmissa, verum & repudiata ante mortem hæreditate, ab alio descendente excluderetur frater.

39 Secundo pro ista parte facit tex. si rectè consideretur *infra de vulga. & pupill. su. l. si filius qui patri.* vbi secundum commu. intelligentiam, si quis duobus filiis hæredibus institutis, alteri pupillariter quendam tertium substituat, filiis repudiantibus, non euanescit pupillaris substitutio, imo substitutus ex tacita vulgari & pupillari succedit, sed per successionem ex vulgari tacita clarum est, quòd efficitur cohæres filio suo, nihilominus tamen remanent suorum iura, & tabulæ pupillares valetent, etiam si ex paternis hæreditas non adeatur. ergo extraneus hæres non tollit iura suorum, nam illum text. intelligunt doctores etiam in extraneo substituto procedere, quicquid glo. ibidem sentiat.

40 Tertio pro ista parte est text. *infra de acquirend. hæred. in l. cum de hæreditate. in fi.* vbi probatur, quòd etiam dato extraneo cohærede, suus efficitur ipso iure hæres, licet possit se abstinere, ergo non fuit sublata suitas etiam quoad ea quæ pendent ex testamento, dicit enim text. cum hæreditate patris necessarius hæres se abstinet, conditio cohæredi siue suo, siue extraneo defertur, vt totam agnoscat, vel à tota recedat, & ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat, sed fieri cohæredem ex testamento dependet, quicquid *Bart. ibid.* ad idem text. expressus *in eodem titulo in. l. pro hærede. in. §. Papi.* quibus non potest congrua adaptari responsio, & est tex. *infra de leg. 1. in l. filio pater. cum. 2. ll. seq.* vbi etiam probatur hæc conclusio.

41 Quarto pro ista parte facit tex. *infra de vsucapio. pro hærede. in l. 2. in finali.* vbi filius suus pro hærede capere vsu non potest, quia suus est, etiam si habeat cohæredem, sed tit. ille pro hærede à testamento habetur, vbi testatus decedit pater, ergo etiam quoad dependentia ex testamento non tolluntur iura suorum per dationem extranci cohæredis: sed de illo text. vi. quę diximus. *supra isto titulo. in l. in suis.*

Quinto pro ista parte facit, certum est quòd per dationem cohæredis necessitas non tollitur: vt *infra de acquir. hæred. in. l. ex parte. tex. Codice de necessa. seru. hæredi. institu. in. l. cum quidam. in princip.* quæ est. l. pe. &. §. *sed cum veteres.* si igitur datione cohæredis extranei non tollitur necessitas, circa quam testator liberam potestatem habet, multo minus suitatem tollere poterit, circa nihil potest, vt latè deduximus in. q. pręcedenti in parte negatiua.

Sexto pro ista parte facit talis consideratio, ex lege duodecim tabularum, filius suus & necessarius erat patri, *de libe. & posthu. in. l. in suis. institu. de hæred. qual. & differen.* & ante prætorem non erat tex. quo filius institutus suus, & necessarius non esset, sed illo iure non tenebatur eum solum hæredem instituere: argumentum *de inoff. testa. in l. Papinianus in. §. quarta.* ergo datio cohæredis extranei non tollit, at, illo iure suitatem, ergo nec hodie tollitur, cum l. prætoris limitet rigorem lege antiquæ *dicta l. necessarius* circa necessitatem, nihil verò de suitate disponat, ergo debet intelligi siue filius solus, siue cum alio fuerit institutus, sicut & olim procedebat, quia lex declarans debet intelligi in casibus legis interpretatæ: vt in *aut. de filiis nat. ante dotal. instru. nat. columna* 42
tertia quam notat *Bartolus Codice si aduers. vendi. in aut. sacramenta puberum. numero octauo Baldus. Codice vnde vir & vxor. in authent. præterea, & Codice de donatione ante nupt. in lege finali & Codice de bon. quæ lib. in lege secunda post Bart. infra de coniungend. cum emancip. libe. eius in. l. nihil* fac. quę notat *ipse de iusti. & iur. in. lege omnes popul. columna finali numero sexagesimosexto. Aret. infra de acquir. hæredi. in. l. ventre. 17. columna.* sed vltra ipsos est bonus tex. *Codice de infirman. pen. Celib. in lege vni. & de decurio. libro decimo in l. pen. in finali sens. glos. Codice quando mul. tute. off. fung. potest. in aut. matri & auiæ.* maximè, quia institutio partis ab vniuersali institutione differt in quantitate, non in quiditate, quæ differentia non alterat, *infra de fund. instru. que. lega. in lege finali* notat *Bar. Codice de actio. & obligatio. in. l. 2. 2. lectu. columna secunda in princ. idem Bart. supra de iurisdi. omni. iudi. in. l. imperium. 5. col. Paul. infra de lega 2. in l. Sempronius. Proculo. Bal. Codice qui accusar. non poss. in. l. 1. col. 10. Aret. & Socin. infra de vulga. in rubr.* hoc est, quod inquit *Aristoteles.* vnamquamque substantiam secundum hoc ipsum quod est, non dici magis aut minus.] quod in *dicta lege finali* satis probatur, bene fac. text. *Codice de præscriptio. 30. vel. 40. annor. in. leg. omnes* cum iis, quæ per illum annotat, *Bartolus. infra de vulg. & pupilla. in lege centuria. 8. col. idem Bartolus. Codice quæ res pign. obliga.*

obliga.poss.in.l. 1. *per Ias. C. de transactio. in. l. actione.* fac.tex. vulga. *supra de rei vend. in. l. qua de tota. & C. de non numer. pecu. in. l.* 2. *cum infinitis. ll.* quas in simili adducit *glos. supra de vsur. in. l. qui scit.* cùm igitur institutio vniuersalis à particulari non differt, sicut filius vniuersaliter institutus, est suus hæres, ita si in parte hæreditatis instituatur.

Item pro ista parte possemus adducere, quę diximus in q. præcedenti probando quòd per dationem vulgaris substituti iura suorum non tollantur, quæ etiam concludunt in nostra q. restat nunc respondere ad adducta in contrarium.

43 Ad primum igitur. s. ad tex. *infra ad Treb. in l. apud Iulia. in. §. idem Iulia.* cui secundum *Corne. in. d. l. si fratris.* non potest dari congrua responsio, sic respondetur, quod ideo requiritur aditio ex testamento paterno, vt fideicommissum secundis tabulis relictum confirmetur, quia non possunt separari bona testatoris, & pupilli, vnicum enim fuit fideicommissum, ibid. enim pater instituit filium, ei duobus extraneis cohæredibus adiectis, quos filio pupillariter substituit, ab eis fideicommisso vniuersali relicto, quo cauit, vt si filius pupillus decessisset vtrisque bona. s. disponentis, & pupilli: cuidam alij restituerent, dubitatum fuit, vtrum fideicommissarius substitutos pupillares compellere possit, vt bona pupilli restituant: & respon. tex. quod prius paternam adire hęreditatem, & tunc confirmato fideicommisso ex substitutione, adire compelli poterit, & intellige, confirmato fideicommisso bonorum etiam paternorum, & quòd ibidem etiam bona propria iusserit restitui testator, patet, quia aliàs sequeretur inconueniens, quod illa bona remanerent penes adeuntem compulsum, contra. *l. infra ad Trebell. l. ita tamen. in. §. qui ex Trebell. & in. l. apud. in. §. vtrum. & in. §. antist. item* quia hęreditas paterna à pupillari separari non potest, vt in. *l. sed & si plures. in. §. filio impub. infra de vulg. & pupill. substitu.* ideo dicendum est, quod tàm bona pupilli, quàm propria iusserit restitui à substitutis, & ita ex testamento secundo non potest compelli, nisi ex primo etiam compellatur, cum bona in primo relicta veniant in substitutione, non autem ibidem requiritur aditio, quod deficiat suitas, qua confirmatæ sint pupillares tabulæ, sed requiritur aditio ex testamento paterno, vt eius bona restituantur; nec obstat si dicatur, quod si ibi esset filius suus, fideicommissum sine aditione esset confirmatum, nam fideicommissum vniuersale existentia sui hæredis confirmatur vt. *infra ad senatuscons. Trebell. in l. ita tamen. in. §. si pater.* vbi nota. per *glos. & Bart. Bal. C. de reuo. his quæ in fraud. credi. in. l. si paterna. Ang. Imol. & recentio. infra de vulga. & pupillar. substitut. in. l. si filius qui patri. Ang. de condi. instit. in. l. 2. Ias. de lega. 1. in. l. 1. col. 1. nu. 80. post Bar. supra de cond. in debi. in. l. non est nouum. 1. col.* diximùs in *l. in suis. supra isto titulo.* vbi videatur in numero decimo-tertio quia respondeo, singulariter verum esse, si ab ipso filio fideicommissum esset relictum, at, in. *d. §. idem Iulianus.* non ab ipso filio, sed ab eius substitutis relictum fuit, ideo fideicommissum existentia sui hæredis non firmatur, quia ille, à quo derelictum est, extraneus erat, merrò ergo ibidem aditio requiritur, etiam filio suo hærede existente, nec ius suorum per extraneum cohæredem sublatum fuit, quia fauore sui, ne adire compellatur, est inductum, vt per. *dd. in. d. §. si pater. &* quia iungitur necessitas cum suitate, vt diximus in *dict. l. in suis.* quæ omnia cessant in filij substitutis, nam solum vtilitas eius, cui est concessum priuilegium, est attendenda, vt mirum sit esse aliquos in. *l. eam quam. C. de fideicommiss.* qui velint, posse compelli, quem restitutionem in integrum impetrare in alterius vtilitatem, quod verum non est, quia nec læsus tunc ille est, nec in alterius vtilitatem potest ad id compelli.

Nec etiam obstat opinioni nostræ vt adiectio hæredis extranei non tollat suitatem, quod dici solet, aliquid mali propter vicinum malum, ideo ius sui hæredis in mixtione extranei turbatum videatur, quia etiam è contrario 44 aliquid boni propter vicinum bonum, ideo à suo hærede aliquid vtilitatis extraneo, non etiam ab extraneo aliquid mali suo afferre dicemus, sicut aliàs *extra de sepultu. c. sacris. & supra quemadmodum de serui. amit. in lege si communem.* vbi quis habet à socio, quod per se habere non potest, tex. & *Bar. Codice si in commu. eadem caus. in. lege.* 1. optimus text. *infra de liber. legat. in. l. si is, qui duos. & delega. 2. in. l. qui duos. cum ibi notat.* notab. text. *infra de libert. caus. in. l. liberis. in. §. si duo. in vers. euenit.* & per. *dicta lege qui duos.* dicunt dd. quòd propter socium capacem spurius capax redditur, ita *Dy. & Bar. in dicta lege & Bal. Codice pro soci. in lege prima columna finali. 14. q.* tenent plures, quos refert *Tiraquel. de retract. prima parte in. §. 26. glo. 1. num. 30. cum sequent.* fac. *Codice si vnus ex plurib. appel. in. l. 1. & infra de bonorum possess. contra tab. in. l. si post mortem. in. §. finali & in. c. penult. extra de appell. vbi Baldus & extra de procura. in. cle. si religiosus. & extra de arbi. in. c. per tuas.* vbi not. *Abb. fac.* illud memorabile dictum, quod omnes dicunt fuisse dictum originale *Anto. Io. de Prato veteri. infra de appellatione recipi. in. l. 1.* quòd si laici cum clericis simul delinquant, quod debent remitti etiam laici cum clericis ad iudicem ecclesiasticum, quod refert *Maria. extra de for. compe. capite. 2. numero 30. vers. 8. fallit. Fel. extra de præscriptione in capite primo col. 3. numero. 6. post Io. de Imol. consi. 139. columna tertia post medium incip. præfatus.* & fuisse obtentum in practi. refert *Soc. infra de rebus dub. in lege cum Senatus. in fi. §. Petrus P. Paris. consilium. 154. numero primo vol.* 4. vbi refert consilium. *Maria. consi. 12. vol. 1. & Crot. in lege prima. 2. not. numero decimoquinto de verborum obliga.* & ita voluit sing. *Federi. de Senis cons. 167. incipi. mulier accusata,* quod si mulier committat adulterium cum clerico,

rico, quod iudex ecclesiasticus, non secularis
puniet eam, quem refert Ang. de Arimi. in adi. ad
Ang. in tract. malefi. verbo che mi hai adulterato la mia
donna. nu. 46. sed pro resol. est dicendum, quòd
vbi materia diuisionem patitur ex adiuncto,
nihil vtilitatis, vel damni contingit adiuncto,
nam vbi qualitates non corrumpuntur, quæli-
bet retinet naturam suam, tex. est. infra vnde le-
gi. in. l. 2. quem not. Bal. C. quin non pet. part. in. l.
vni. 3. col. nu. 6. nec admixtione corrumpitur
propria natura, vt in aut. de non eligend. secund. nu-
bent. in. §. si vero, & supra de donatio. inter vir. &
vxor. in. l. si sponsus. in. §. circa. & supra de rei vend. in.
l. idem Pomponius scribit, si frumentum. in. §. si plum-
bum. & infra de acquirend. re. domi. in. l. lacus. in. §. si
ex ære. & in. l. adeo. in. §. voluntas. tex. notab. vbi
ponitur hæc resol. in. l. 1. in. §. item quæritur. & in.
§. Marcellus autem infra de aqua quotid. & æstiua.
vbi inquit Vlpianus, Ego Offilio assentior non
posse diuidi, quia non potest ita in parte vis
fieri, vt non in tota aqua fiat.] & in. d. §. Marcel-
lus, non in omnibus pecoribus eum prohiben-
dum, quod est verum, quia pecora separari
possunt.] & hoc est quod dicitur statutum in
simplicibus habere locum in casu mixto, vt
isto titulo de libris & posthumis in lege si ita scriptum.
sed si mixta inseparabilia sunt, tunc poten-
tioris simplicis naturam sortiuntur, supra
de statu homi. in. lege quæritur hermaphroditum.
& de leg. 3. in lege legatis in. §. si vnus. & in lege sed &
quæsitum. in. §. finali isto titulo de libe. & posthu. &
supra de testibus in lege repetundarum. in. §. herma-
phroditus. ita nota. Roma. in lege secunda in princi-
pio de verborum obligatione fac. ad hoc vltimum.
infra de aur. & argen. lega. in. l. & si non sint. in. §.
perueniamus. & de lega. 3. in. l. quæsitum in. §. illud
fortasse. & infra de acquirend. rerum domi. in. lege
quicquid. in. §. cum partes. & ideo id quod dixit
45 Bar. infra ad l. Pompe. de parricid. in. l. vtrum. quod
supra retulimus, quod si aliquis nobilis man-
det plebeio committere delictum, quod si ple-
beius committat, & per statutum vel legem
plebeius durius veniat puniendus, ratione
admixtionis nobilis mandans, in delicti pu-
nitione sortietur naturam plebeij, verum
non est, imo quilibet secundum suam condi-
tionem punietur, & ita contra Bart. tenet Bal.
C. de accusa. in. l. non eo minus. 4. col. vbi facit text.
ibi ex persona sua & fac. tex. infra ad lege Iuliam.
de adul. in. l. si quis adulterium. in fi. ad quod est tex.
infra ad leg. Pompe. de parricid. in. l. ibi cuiusue dolo
vbi mandans ex sua qualitate punitur, non
mandatarij, & est tex. expressus, qui non consi-
deratur infra de furt. in. l. si quis vxori. in princ. vers.
ipsa quoque. vbi dixit text quòd si mulier furanti
res sui mariti opem ferat, ipse qui furatus est,
furti, ipsa verò rerum amotarum actione tene-
tur, ecce tex. quod si duo diuersæ qualitatis de-
linquant, putà mandans & mandatarius, non
sortitur mandans mandatarij qualitatem, & sic
contra Bar. nec obstat, quod ille tex. non lo-
quatur in mandante, sed in dante opem, quia

idem iuris est, ex mente Bar. infra de iniuriis. in. l.
non solum. in. §. si mandato meo. dum se remittit
in fi. ad ea, quæ dixit ipse de furt. in. l. is qui opem.
non obstat dicta. l. vtrum. quia speciale ibi pro-
pter criminis immanitatem, & vide optimum
consilium Calderin. 22. de præb. Item etiam ex 46
ista resolutione apparet, non esse veram illam
doctrinam Anto. de Prato veteri, quod si priuile-
giatus cum non priuilegiato delinquit, com-
municat illi suum priuilegium, cum & ratione
iudicum, & ratione pœnarum possint distin-
gui, & pro hoc vltra. dd. est tex. in dicta. l. si quis
vxori. item tex. insti. de obligatio. quæ ex delict. na-
scuntur in. §. hi qui parentum. vbi licet filius vel
seruus non possint teneri furti, tamen si eum
aliis furentur, alij, non ipsi tenentur furti,
text. etiam. C. de furt. & seru. corr. in. l. si quis seruo
alieno. text. est etiam supra de noxal. in. lege si ex
duobus & tex in lege finali Codice de accusatio. & in
lege finali infra ad senatuscons. Silanianus optimus
text. in lege familia infra si fami. furt. feci. dica.
nec legatum mixtum cum libertate eius v-
titur priuilegiis, tex. est. infra de statu. lib. in. l. si
peculium. in. §. iccu. & tex. de manu. testa. in lege si
ita scriptum. & Codice de necess. seru. hæred. institu.
in. leg. 2. vbi bonus textus facit de conditione &
demonstratione in lege mulieri & Titio. quod not.
quia supra dictæ ll. decidunt istam opin. contra
Anton. de Prato veteri.

Ex quo etiam infertur malè dixisse Baldus
in vsibus feud. quibus modis feudorum amittatur. c. 1.
columna tertia quem refert Iass. Codice de colla. in
lege si emancipati. columna quarta numero 10. quòd 47
si sint duo fratres habentes feudum ab vno
principe, quorum vnus commisit feloniam
eum in bello dimittendo, alius verò eum de-
fendit, quòd ambo retinebunt feudum, quod
falsum est, quia priuabitur ille, qui com-
misit feloniam, & pro hoc est tex. in di-
cta lege de noxalibus si ex duobus. & pro hoc etiam
est tex. infra de adult. in lege si postulauerit. in. §.
iubet lex. vers. pro inde. & infra quorum lega. in lege
1. in. §. si duæ res. & de publi. & vectiga. in. l. frau-
dati vectigalis. in. §. finali & in lege cotem ferro in. §.
dominus. fac. de statu homi. in. l. imperator. 2. cum
ibi nota. fac. quæ Bartolus infra de aqua pluu.
arcend. in lege Atheius. in. §. finali & quæ not.
glos. supra de conditione ob turp. causam in lege tertia
vbi fit distinctio inter diuidua & indiuidua, 48
sed feuda diuidua sunt, vt latius per Tiraquel-
lum tractat. de iure primogeni. quæstione quarta
numero decimonono cum sequentibus quod in quæ-
stione proposita dubium non est, cum sint
apud duos, & vnus absque alio puniri possit,
& ita malè Baldus in dicto capite primo quem re-
fert Felin. in dicto capite primo de præscriptione tertia
columna & fac. Codice de testamen. in. l. hac consul-
tissima. in. §. ex imperfecto. vbi extraneus non offi-
cit filio, nec filius etiam, eum adiuuat, nec ei
communicat suum priuilegium, fac. text. in.
lege. 3. in. §. sed si coniunctum. infra de lega. præ-
sta. & in lege tertia in. §. sed vtrum. vers. proinde.

de minori

de minori. text. *in. l. si Titius & Seia. infra de fideiusso.* ideo ea pars domino adquiritur vel acrescit alteri, si sit liberalitas imperialis, ex quibus ll. omnia supra dicta determinantur, & etiam deciditur quæstio *glosa de pœnitentia. distinct. 1. in. c. sed & continuo.* de qua per *Bartholo. Brisens. in quæstione venerial. 43. & per Alberic. in. 3. par. statutorum in. q. 476. per Abbatem in. c. super specula. extra de priuilegiis.* vbi ponunt quæstionem de duobus habentibus domum communem, quorum alter delinquit, an tota domus sit diruenda, quia verius est, alteri per alterum non fieri præiudicium, sed vbi materia diuidua est, quemlibet suo iure censeri, sic in quæstione proposita dicendum est, quod si suus hæres & extraneus simul instituantur, nihil extraneitatis, vt sic dicam, suo, nec suitatis extraneo, communicabitur, cùm quilibet secundum qualitatem suam possit iudicari.

49 Ad secundum verò argumentum ex. *l. nam quòd in. §. si quis compulsus. infra ad Trebellian.* vbi probatur, quòd ex compulsa aditione tabulæ pupillares confirmantur, si cohæres compulsus adeat, ergo ius suorum admixtione extranei fuit sublatum, aliàs verò nulla requireretur aditio, si esset illæsa suitas, respondeo, quod ibi solum tractatur, vtrum aditio coacta tabulas firmet pupillares, quod eo casu debet verificari, quo necessaria sit aditio; necessaria autem est suo exhæredato, vel præterito approbãte testamentum; nec hoc est diuinare, cùm l. de hoc principaliter non tractet, sed hoc præsupponat, nam cùm lex dubitet de vno solo, cætera præsupponit, quæ sunt necessaria, vt *extra de ætat. & qualit. c. 1. lib. 6. & supra de testamen. in. l. qui testamento.* fac. quod notatur de *sacros. eccles. in. l. 1. in glos.* & similis intellectus est necessarius ad. *l. 2. in. §. quisquis. de vulg. & pupill.* vbi textus inquit, quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere, nisi fortè miles sit, adeo autem nisi sibi quoque fecerit, non valet, vt nisi adita quoque patris hæreditas sit, pupillare testamentum euanescat. Ecce, quòd ibi debet supplere exhæredatione sublatam suitatem, alioquin impuberis instituti suitas firmaret pupillares tabulas.

50 Ad tertium autem argumentum ex *l. sed etsi plures in. §. filio impuberi infra de vulg. & pupill.* respondetur, quòd ille text. si rectè intueatur nostram opinionem probat, ibidem enim dubitatur, vtrum paterna hæreditas à pupillari separari possit: & respondet tex. quòd non, vbi iunctę sunt pupilli aditione, sed quid si non sint iunctæ aditione, sed pupillus repudiauit, & eius cohęres repudiare velit paternam hæreditatem, & pupillarem amplecti, an possit, respondetur, quòd non potest, quod ea ratione contingit, quia huiusmodi hæreditates separari non possunt, non autem ex eo, quòd secundæ tabulæ à primarum aditione dependeant, quia de hoc ibidem non tractatur, sed solùm de segregatione vel separatione, quę soli filio est permissa, vt in eodem titulo *in. l. si filius qui patri.* eo scilicet casu, quo nullus actu est hæres patri, nam si esset, extraneo etiam permittitur separatio, vt in *dicta. l. quæsitum infra de acquirend. hæred. & in. §. ex asse. & dicta. l. sed si plures.* quæ videbantur obstare, quia eo casu non decederet pater intestatus, quod inspicitur, vt censeatur prohibita vel permissa separatio: apparet igitur, quòd ibidem non ex defectu suitatis impeditur aditio ex secundis tabulis, sed ex eo, quia hæreditas pupillaris separari non potest, nam si separatio permissa esset, posset adire ex tabulis pupillaribus tantum, quod text. permittit, non igitur suitas est ibidem sublata per dationem cohęredis extranei.

Non obstat etiam quartum argumentum ex lege *qui fundum in. §. qui filium. infra ad. l. Falcid.* quia ibidem non fuit sublata suitas, vt ostendimus in quæstione præcedenti in responsione ad vltimum.

Ex his igitur manifestè apparet, quòd per dationem cohæredis extranei non tollitur suitas, neque distinguendum est, cohæres extraneus adiuerit, vel repudiauerit hæreditatem, contra *Bal. in. l. si fratres. C. de iure delib.* neque quòd cohęres sit penitus extraneus, vel alius filius emancipatus, licet. dd. ita distinguant in. *l. si filius qui patri. infra de vulg. & pupill.* vbi *Bar.* in hoc dubitauit, nam extraneum dicimus, qui non est in patris potestate, in *l. vnica, in. §. extraneo. C. de rei vxo. actione.* quia sine patria potestate nemo suus hæres dici potest, vt *in. l. lege Cornelia. in fi. de testa. & in. §. 1. & in. § cæteri. instit. de hæred. quæ ab intesta. deferuntur,* quicquid velit *Corneus in dicta. l. fratris in col. 18.*

Summarium.

Ex l. Multi non notæ causa.

1 *Vtrum hic fideicommissum transmittatur.*
2 *Exhæredatio est duplex.*
3 *Præceptum nudum quando obliget.*
4 *Querela inofficiosi quando detur.*
5 *An sit correcta hæc lex.*
6 *Exhæredatio in dubio qualis sit.*
7 *Præteritio bona mente facta an sustineatur.*

VLPIANVS. Multi non notæ causa exhęredant filios, neque vt eis obsint, sed vt eis consulant, vt putà impuberibus, eísque per fideicommissum hæreditatem dant.] Supple post tempus, quo in suam tutelam peruenerint, vel aliud impedimentum simile cessauerit, & tunc in fideicommisso fructus venient, vt in. *l. in fideicommiss. in. §. cum Polidius. suprà de vsur.* L

Sed quid si interim moriatur, an transmittat conditionale fideicommissum filius? doctores, quòd meminerim, non determinant, mihi dubia res videtur; licet non sit nouum, vt 1

aliquando

aliquando fideicommissum condirionale transmittatur, argu. *infra de cond. & demonst. in. l. in conditionibus primum locum. in. §. hac scriptura.* & notant recentiores *Deci. consi. 594. col. fi. Petrus Paul. Paris. cons. 66. nu. 30. vol. 3. Curt. cons. 16. & 96. col. 2. & Ripa in l. heredis mei. in §. cum ita. infra ad senatuscons. Trebell.* de quo alibi dicemus. Sed verius puto, ne exhæredatio noceat, per mortem fideicommissum effici purum, quia ad effectum cõditio imponitur, ideo sufficit per æquipollens effectum haberi, vt in. *l. si mater. C. de institut. & substitu.* & expressius in. *l. mulier. in princ. infra ad senat. consult. Trebell.* ibi fideicommissum eis repræsentandum &c. vt declarauimus in. *nu. 32. infra. eod. in. l. gallus, in. §. & quid si tantum.* latissimè diximus in secundo libro harum interpretationum e. s. denique hæc exhæredatio non ex rigore aliarum exhæredationum, sed ex vtilitate filij erit interpretanda, cùm hanc solam testator respexerit, ideoque & à verbis eius, & à voluntate expressa, ex eadem vtilitate recedẽdum erit, vt in *l. vtilitatem & in. l. in confirmando. supra de confirman. tuto. & in. l. Quintus Mutius in fi. infra de an. lega.* denique in hac specie iudicis arbitrium ex bono & æquo maximè poterit vt in. *l. Mania. in. § vxore. eod. tit.* etiam contra verba testatoris, vt indictis legibus, licet *Caius in. l. in his infra de conditione & demonstratione* dicat. In his quæ extra testamentum incurrunt, possunt res ex bono & æquo interpretationem capere, ea verò quæ ex ipso testamento oriuntur, necesse est secundum scripti iuris rationem experiri, idest secundum scripturam testamenti, quæ legis vim obtinet, sed in specie proposita deficit testatoris potestas, cùm cesset causa & mens, si bona mente facta est exhæredatio.

2 Nota ergo quòd duplex est exhæredatio, altera fauorabilis, qua ex officio patris consulitur filiis, de qua hæc lex loquitur, altera verò, qua pater filiis inofficiosus ostenditur, quæ fauorabilis non est, sed odiosa, vt in l. sequent. si igitur pater consulens filiis, eos exhæredet, aliúmque hæredem instituat, vt filiorum bono prospiciat, filij quæri non possunt, sed testatoris voluntati obtemperare debent.

3 Sed oppono, quòd tale patris præceptum obseruandum non sit, est enim nudum à causa, vtilitas enim illius, cui præceptum adiicitur non vestit præceptum, quinimo ab eo talis voluntas sperni potest, *infra de lega. 3. in. l. filius familias. in. § diui. & infra de lega. 3. in. l. pater filium. in. §. Iulius Agrippa. infra de conditio, & demonstratio. in. l. Titio centum. primo responso*, facit textus *vulg. in. l. pen. C. de pact.* Solut. verum esset id, si filij quibus hæc iniunguntur minores non essent, at, in filiis minoribus, de quibus hæc lex loquitur, præceptum vtilitate eorum vestitur, vt hîc & *C. de vsucap. pro empto. in. l. 2. & infra de bono. liber. in. l. si emancipatus filius & C. de inofficios. testament. in. l. filius matrem & in. l. Titio centum. secundo* responso, quæ omnes ll. in homine, qui suorum bonorum liberam non habet administrationem loquuntur, & procedunt, in quorum vtilitatem dispositio testatoris facta, eis inuitis, seruanda est, nisi euidentius appareret, melius esse præcepta non obseruare, vt *supra de confirm. tuto. in dicta l. vtilitatem & in. l. in confirmando.* nam si cessaret vtilitas, voluntas testatoris non seruaretur, vt *infra de lega. 2. in. l. cum pater. in. §. curatoris.* in dubio autem testatoris voluntas vtilitatem afferre videtur.

Licet autem filius maior sanus mente, talem patris voluntatem sequi non teneretur, non tamen ei dabitur querela inofficiosi testamenti, quæ ex iniuria, & inofficiositate (vt sic dicam) patris competit, vt *supra de inofficioso testament. in. l. 1. cum sequent. & in. l. si filius.* quæ in specie proposita cessant, cùm bono animo, doloque bono, non nocendi causa hoc fecerit, ideo dilatio vel tempus subduceretur, non testamentum impugnabitur, sed vtilitas filio repræsentanda est, ac si purè institutus esset: fac. *C. de inofficios. testa. in. l. si mater.* fac. *infra de heredi. instituen. in. l. hæreditas ex die. & eodem titu. & l. si. in simili. & ad* supra dicta vide latissimè *Xuarez, repetitio. in. l. quoniam in prioribus. 1. limit. C. de inofficios. testament.* vbi latè explicat huius legis materiam, tu breuius ex supradictis habebis resolutionem veram. 4

Et adde quòd lex ista non est correcta per dictam l. quoniam in prioribus. secundum doctores, vt per *Iaso.* hîc vide *Xuarez. dicto loco,* & vide quæ tradit *Acost. pag. 218. infra. §. & quid si tantum. & in pag. sequent.* Puto tamen ea specie si filius maior esset, similem remotionem grauaminis faciendam, quæ per dictam *l. quoniam in prioribus.* fieri solet, vt dixi. 5

An autem in dubio exhæredatio bona vel mala mente fieri videatur quæstionis est, in quo *Bar.* quem *Iaso.* refert, bona mente fieri credit Iaso. contrà mihi vero, si hæ quæ in nostra lege dicuntur obseruentur, bona mente fieri videtur, alioquin quo pacto bona mens esse potest proficiendi illi, qui vtilitatem à lege concessam auferre intendit? 6

Sed quæro, vtrum sicut exhæredatio bona mente facta sustinetur, idem sit in pręteritione, respondeo, idem ex mente *Imol. Comens. & Paul.* quos sequitur *Iason in authentica nouissima. 7. limi. de inofficios. testament.* per text. *infra de bonorum possessione. contra tab. in. l. si emancipatus filius*, qui hoc probat: *Acost.* tamen *infra eodem in. l. Gallus. in. §. & quid si tantum in pag.* 57. contrariam sententiam defendit, ea ratione quòd in pręteritione fauorabili non obseruetur illa forma, quę in instituendo, vel exhęredando versatur, in exhæredatione autem bona mente facta, seruatur forma à lege requisita, & præterea cessat querela, quæ ex inofficiositate (vt ita dicam) oriri solet, & ita præteritio ex officio patris non possit validitatem sumere, cùm legis forma fuerit omissa, nec obstat secundum eum text. *dicta l. si emancipatus filius.* quia loquitur in præteritione filij emancipati, in qua sicut in exhæredatione officium patris consideratur, bona vel mala mente id fecerit, ius enim prætorium, quo ipse filius 7

filius emancipatus admittitur, solam æquitatem respicit, quæ cessat filio non notæ causæ præterito: & in hac specie præteritio de iure prætorio exhæredationis naturam mutuatur, sed hæc distinctio Acostæ, inter præteritionem sui hęredis, & emancipati, bona mentē factam, non placet, nam & ius prætorium ita respicit formam, & solemnitatem, sicut & ius ciuile, vt *infra de bonorum possessione contra tab. in l. 3. in §. si emancipatus.* item ex vtilitate sola sibi relicta emancipatus, filius non repelletur à bonorum possessione contra tab. vt *infra de legat. præstand. in l filium. in §. omnibus.* ergo solemnitatis & formæ, non autem solius vtilitatis filij, iure etiam prætorio ratio habetur, item non est bona æquiparatio inter exhæredationem, & præteritionem iure prætorio, vt apparet *infra de bonor. possessio. contra tab. in l. illud. & in l. filium, in §. sed cum exhæredatio.* si igitur in *dicta l. si filius emancipatus.* valet præteritio bona mente facta, id non ex eo est, quod præteritio & exhæredatio iure prætorio sint eiusdem rationis, sed quòd fieri bona mente purget vitium, tam præteritionis, quàm exhæredationis, ideoque idem operabitur in suo, quod in emancipato, & hæc videtur melior opinio.

Nec obstat si quis dixerit, si hæc opinio admittatur, semper valere testamentum, in quo filius prætereatur, si eidem per fideicommissum hæreditas relinquatur, cum nemo dixerit mala mente id factum fuisse à patre, cum bonorum plus filio reliquerit, quàm per legem tenebatur, sed nihilominus inutile erit testamentum: sed respondeo, quòd nisi ex aliqua singulari ratione pater filium non instituat, nunquam bona mente titulum honorabilem institutionis abstulisse videtur, ideo opus est vt alio modo quàm ex fideicommisso, de bona patris mente constet, & ex his videtur melior opinio Doctorum quàm opinio Acostæ.

SVMMARIVM
ex l. cum quidam.

1. *Exhæredatio à parte hæreditatis, etiam si fiat ab vndecim vnciis, est inutilis, contra Bart.*
2. *Fingitur species, in qua valet exhæredatio à parte.*
3. *Exemplum notabile istius legis.*
4. *Plus potest odium exhæredationis, quàm fauor testamenti.*

P*Aulus l.* Cum quidam filiam ex asse hæredē scripsisset, filioque quem in potestate habebat decem legasset, adiecit, & in tertia parte exhæres mihi erit, & quæreretur, an rectè exhæredatus videretur, Scæuola respondit: non videtur, & in disputando adiiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exhæres esse iussus, rectè exhæredaretur: aliamque causam esse institutionis, quæ benignè acciperetur, exhæredationes autem non essent adiuuandæ.]

1 Exhæredatio à parte facta non valet, cuius ratio est, quia ab aliis partibus præteritus reperitur, fac. in simil. *supra eod. l. 3. in §. filius*, quod *Bar.* intelligit, nisi à portione dimidia exhæredaretur, hæc enim sibi contingeret ab intestato si duo essent filij, sed ego non intelligo quorsum Bar. intestati iura miscuerit in exhæredatione, ideo dic, quòd siue à dimidia, siue à dodrante, siue ab vndecim etiam vnciis eum exhæredem faciat, inualida est exhæredatio, ab aliqua enim parte reperitur præteritus, nec obstat quòd ei plus vel tantum exhæredatione tollatur, quantum ex lege sibi institutione debetur, vel ab intestato, quicquid *Bart.* quia his respondeo, non id totum ex his verbis sibi auferre, quòd id, quod sibi debetur indefinitum est, & sua quarta qualibet gleba versatur, siue rē hæreditaria, vt *C. quand. & quib. quarta pars deb. lib. 10. l. 2.* ideo exhæredatus ab vndecim vnciis, præteritus à quarta duodecimæ vnciæ, quæ sibi debebatur reperitur, ideo male *Bart.*
loquitur in supradictis, posset autem ita conce- 2
pta exhæredatio valere, à parte, quæ sibi lege defertur, filius exhæres sit, non enim reperitur res, quæ exhæredatione non comprehendatur, hæc enim non sicut illa, exceditur à iure filij, totum enim ius absumit, & comprehendit, quod not. quia hoc à doctoribus non ita explicatur, ad quod faciunt quæ dicemus in *l. Mæuius, in §. duorum. infra de lega. 2.*

Sed opponitur, quòd exhæredatio à parte valeat, vt *infra de bon. libe. in l. si pater exhæredato.* Solut. ibi à tota hæreditate exhæredatus est, id enim quod sibi reseruatur magis vt filio, quam vt hæredi competit, vt *infra de oper. liber. in l. vt iurisiurandi. in §. liberi.* vel dic, quòd vbi id, à quo non exhæredatur sibi conceditur, valet dispositio in omnibus, nam legatum exhæredato fieri potest, vt *C. de lega. in l. cum quidam.*

Item not. quod *Acos.* multa ponit circa istam legē in repetitione *c. si pater. in verbo in re certa in 1. parte*, sed omnia sunt parum necessaria; quia hic tex. satis clarus est, & expeditus, cui etiam poni potest exemplum, vt exhæredatio ita cō-
cepta non valeat, Titium in fundo Seiano hæ- 3
redem instituo, & à fundo Seiano filium meū exhæredo, nam licet institutio hæc ex se valeat, detracta fundi mentione, tamen exhæredatio nulla est, aliam enim causam esse exhæredatio-
nis, vt tex. dicit. quod est notandum. Vltimo 4
ex hoc tex. not. quod odium exhæredationis vincit fauorem testamenti, ideo tanquam de actu odioso agendum est, principalius enim attendi debet, vt *supra de condi. indeb. in l. qui exceptionem.* vide quæ diximus in rub. supra eod. vltra dd. item not. de interpretatione aliter facienda in materia odiosa, aliter in fauorabili: vltra recentiores, hic vi. *Hippo. Singu. 294. & 453. & in l vni. C. de rapt. virgi. num. 229.*

Modestinus. Sub conditione filius hæres institutus, si pendente conditione ad rogandum se dedit, necessarius hæres non erit.]

Concordat text. *infra de hæred. insti. in l. antep.* Sed oppo. *eod. tit. in l. pater filio.* Sol. ibi aliena-

tio reuocatur ex causa præcedenti, ideo necessarius est priori domino, ac si alienatus non esset seruus, existente conditione, facit *C.commu. de leg.in l.fi.in §.fin autem sub conditione.* quicquid inuoluat *Bar.* cuius vltima opp. non sit contra nostrã l. sed cootra *dictam l.pater filio.* de qua alibi dicemus in istis nostris selectis interpretationibus lib.6. vel 7. in q.vero, quam doctores ponunt, vtrum monachismo perdatur suitas, vide quæ dixi *supra eod. in l.in suis.*

Põponius. Si filiũ nominatim exhæredauero, & cum postea hæredem instituero, hæres erit.]

Idem è contrario secundum Aret. quod intellige dato cohærede, cuius aditione exhæredario confirmetur, aliàs secus, nisi in milite, vt *infra de mili.test.in l.si certarum, in §.si in eodem testa.* vide quæ dixi *supra eod.in l.si ita scriptum.in §. regula.* vide *l.infra de hered. inst. in l.paterfamilias.* & adde quod summarium Bart. hic positum debet esse in l.sequent.

Terentius Clemens. Cùm posthumus sub conditione iostituitur, si priusquam nascatur conditio extiterit, non rumpitur testamentum posthumi adgnatione.

Idem in exhæredatione, vt dixi *supra eod. l.3. in §.pure in glo.*1. vera est, quicquid Ias. quia licet etiam natus possit institui sub conditione potestatiua, & eius pendenria non vitiet, verum tamen idest, mea conditione, quæ in potestate illius est, cui adiicitur. dd. tamen hoc post Bar. qui saluat glossam, intelligunt de illa, quæ in potestate tertij ponitur, quæ respectu honorati casualis est, non potestatiua, respectu vero implementi ab eo faciendi cui commissum est, potestatiua dicitur, *infra de hered. insti. in l.si quis Sempronium.* & quod instituti respectu potestatiua non sit, ad sensum patet, quia factum alienum in potestate nostra non est, vt *infra de verb. oblig.in l.inter stipulantem, & promittentem.* de quo aliàs in istis nostris selectis interpretationibus diximus, & dicemus in *l.3.infra de legat.2.*

SVMMARIVM

ex l.filio quem pater.

1. *Hæc lex non videtur habere dubitationem.*
2. *De intellect. l.qui liberis. in §.testamento de bono. possessio. secundum tab.*
3. *An reconciliatione exhæredatio tollatur.*

P*apinianus l.* Filio, quem pater post emancipationem à se factam iterum adrogauit, exhæredationem antea scriptam nocere dixi, nam io omni ferè iure sic obseruare conuenit, vt veri patris adoptiuus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet quòd non translatus, sed redditus videretur, nec multum puto referre quod ad propositum attinet, quòd loco nepotis filium exhæredatum pater adrogauit, si Titius hæres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successiooe, non rumpitur testamentum ab eo qui hæres inuenitur.

Hæc lex, meo iudicio, non habet dubitatio- 1
nem, variatio enim qualitatis, quæ effectus mutationem non inducit, nihil efficere potest, vt *infra prox.§.& infra in l.Gallus in §.fi.* probatur *infra de acq. hered. in l.quod si dubitet. cum l.seq. in princ.& in §.fi.* & est expressum *infra isto tit. in l. filius à patre. in §.filius familias:* ibi, sed si hæres sit institutus, vel exhæredatus,] & expressus in *l.si qui heres infra titu.prox.* vbi inquit *Scæuola*; si qui hæres institutus est, à testatore arrogetur, potest dici ei satisfactum, quia & antequam adoptetur institutio, vt in extraneo locũ habeat.] optimus tex. *infra isto tit.in l.Gallus. in §.si eius. in fi.* ibi. nihil refert:] &c. sicut per contrarium emancipatio instituti non officit, sed hæres est voluntarius, vt in §. *ille casus in fi. eiusdem legis*, qood hic contingit, siue enim iste sit suus, siue extraneus filius, id est emancipatus, siue sit adoptiuus consistit exhæredatio, vt *infra de bono.poss. contra tab.in l.non putauit.in prin.& in §.si quis emãcipatum.& infra de verb.oblig.in l.quidam cũ filium.* nam quod exhæredationis teoipore subesset causa naturalis sola, nuoc vero ciuilis præcipua videatur, nihil interest, cum quælibet de se talis sit, qua exhæredatio sustineri possit, & ideo nihil etiam interest in filium vel nepotem adoptio fiat, nam in filio vel nepote exhæredatio constat, & sine adoptione etiam constaret, pro hoc *infra in §.seq.* at vbi sola adoptione producitur effectus, qui non sit idem in filio, qui in nepote sit differentia in filij locum, vel nepotis quis adoptetur, vt *infra de bon. poss.contra tab.in l.3.in §.si duos.* dubitatio autem, cui satisfacere *iurisconsultus* videtur, eiusque habuisse rationem, ea est, quod is, qui adoptatur, ante extraneus fuisse videtur, ergo non constitit exhæredatio, sed hoc negatur: nam neque ita extraneus fuit, & in eo à principio & medio exhæredatio valuit, si enim à principio nulla esset ex qualitate superueoiente, cum qua à principio staret, non firmatur, vt *infra de bono.posse. contra tab. in l. non putauit in §.si quis emancipatum. in versi.sed in extraneo.* quem glos. allegat pro contrario, simile videtur *supra de testa.in l.eius qui, & in l.si filius familias.* ao autem nuda volontate firmari possit, videtur quod sic, vt *infra de bono.poss.secundum tab.in l.qui ex liberis.in §.testamento*, sed contrarium est verius, quia verisimile est adfuisse voluntatem, *in dicto §.si quis emancipatum*, cùm decesserit cum illo testamento, tamen id non sufficit, item *d.§.testamento*, solum procedit vbi à principio testamentum valuit, quo casu facilè recipit vires, quas antea habuit.

Sed oppo.contra rationem tex.nostri dicen- 2
tis, istum filium nõ adoptiuum, sed naturalem censeri, idque in omni iuris parte obseruari, de tex *infra si tab. test.null. ex tab.in l.1. in §.si quis filium.* vbi aliter obseruatur. Sol. quoad seipsum, & quoad ius filij non adoptiuus, sed naturalis censetur, secus vero quoad oepotem, cui quæ-

situm

situm ius est.fac.*infra de bono.poss.contra tab.in l.1. in §.qui habebat*. vbi nepoti non præiudicat adoptio filij,fac.*supra de adoptio.in l.si pater filium.*

3 An autem ex reconciliatione patris cũ filio exhæredatio irritetur, quæ reconciliatio adoptione facta videtur? quæstionis est.noster tex. videtur probare,non tolli,& *dicta l. non putauit. in §.si quis emancipatum*, vbi inquit *Vlpianus*; si quis emancipatum filium exheredauerit,cumque postea adrogauerit: Papinianus li.12. quæstionum ait,iura naturalia in eo præualere, idcirco exheredationem nocere,] mihi ea sententia placet, vt exheredatio, nuda voluntate, non tollatur, vt in *l.ex parte. infra de adim.lega.* potest tamen efficere vt replicatione filius in causa querelæ testamenti inofficiosi vincere possit,vt rectè defendit *Cost. infra in l. Gallus, in §. & quod si tantum.pag.133. cum seq. vt.à pag. 132. num.180.vt l.in ipsius.C.fami.herciscund.*

P*Aulus l.*Posthuma sub conditione hæres instituta, si pendente conditione viuo patre nascatur,rumpit testamentum.]

Not.quòd fœminæ suæ præteritio ita reddit testamentum nullum,sicut masculi præteritio, sed vide *Acost.*qui in hoc ponit singularem opinionem *infra eod.in l.Gallus.in §.& quod si tantum in pag.96.* quam more suo eleganter defendit, vt tex.hic in posthuma,non in iam nata locum habet, & vide libellum, qui Vlpiani nomine circumfertur,*in tit.qui libe.insti.poss.* quod diximus latè *supra eod.in l.2.in 1.& 2. & 3.regula.*

SVMMARIVM
ex l. Titius.

1. *Appellatione posthumi vtrum iam natus comprehenditur.*
2. *Sub institutione generali filiorum,an filius comprehendatur.quem testator ignorabat habere.*
3. *Quæstio facti ad iudicem pertinet.*

I*Dem*, Titius testamento hæredem instituit,& filium habens, sic exheredationem posuit, cæteri omnes filij,filiæque meę exheredes sunto, Paulus respondit,filium rectè exheredatum videri:postea consultus,an videatur exheredatus,quem pater putauit decessisse,respondit,filios & filias nominatim exheredatos proponi, de errore autem patris,qui intercessisse proponitur,apud iudicem agi oportere.]

1 In glo.1. intellige istam glo. quando in aliqua parte testamenti posthumorum facta est mentio, secus si eorum mentio facta non esset secundum *Bar.& doctores*.sed opponitur *supra de testam.tutel. in l.qui filiabus.* vbi non requiritur quòd posthumorum sit facta mentio in testamento, vt sub filiorum appellatione comprehendãtur.Solu.ibi,materia fauorabilis est, hæc sol.eò tendere videtur,vt non idem iuris in exheredatione sit,sed & in materia fauorabili, in *l.qui filiabus.de lega.1.*requiritur, quod fuerit facta mentio de posthumis in testamento : inquit enim *Vlpianus*,qui filiabus legauit, si mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecit, videtur in filiarum legato, & de posthuma sensisse,] ecce quòd in materia fauorabili idem videtur requiri, quod in odiosa, vt de posthuma meminerit testator, alioquin sub appellatione filiarum non comprehenderetur : ideo singulariter vltra doctores dic, quòd filiorum appellatio propriissimè accepta,ad natos refertur,ideo in materia odiosa aliquid amplius requiritur,vt vis verbi coadiuuetur,vt ad posthumos etiam referatur, vt putà quòd de eis facta fuerit in testamento mentio,ex notatis per doctores hic,sola enim vi verbi non comprehenderetur,aut materia fauorabilis est, & tunc distingue, aut materia finita est, vt lego filiabus 100. nam finita est legati vtilitas,quæ personarum adiectione minuitur,isto casu filiorum appellatione posthumi non veniunt,nisi de eis facta mentio in testamento sit, ita loquitur *d.l. qui filiabus.de legat.1.& eod.titulo in l.qui quartam. in §.fi.*aut materia est infinita,vt si tutores filiis suis daret,non enim minuitur potestas tutoris, personarum adiectione, tunc etiam posthumi comprehenduntur,vt in *dicta l.qui filiabus.* licet enim videatur onus augeri, & per hoc administrationis vtilitas minui,hoc tamen æstimabile non est,& ita non consideratur,vt *C.de oper. liber.in l.Titius & infra de lega.1.in l.filius famil. in §. secundum vulgarem.*nec ita præsentanea est vtilitatis diminutio, sicut in prima specie , quam fingimus,ad hoc vide in simili quæ diximus *supra eod.l.si ita scriptum.*

Notandum tamen est si ex adiectione
personarum posthumorum excusationi locus fieret,quod tutor aliam administraret, & hæc ex
facultatum mole tribus fortè ęquipolleat,posthumorum partes non esse tuendas, cum materia finita fieri incipiat, & æquius sit eum excludi,qui sola benignitate admittitur,quæ aliis incipit esse iniquitas,quod est singulare:& ita intellige prædictas leges, ab aliquo non ita explicatas,& hoc fortè quasi in legato facto filiis fœminæ non comprehendantur , innuit lex *infra de lega.2.in l.si ita scriptum.* quæ vt fœmina comprehendatur, omittit legatum , de quo prius loquebatur, & transit ad tutelam, nam similis interpretatio videtur debere fieri de filio ad filiam,quæ de filio ad posthumum fit , & supra dicta intellige, quãdo filiis legatur certa quantitas,secus esset si singulis: tunc enim cum materia finita non sit, nec ex adiectione persona-
rum,legati fieret diminutio, quod est sing. per 1
dictam l.qui filiabus supra de testament. tutela. pro
hoc tex.in *d.l.qui filiabus de lega.1.infra in §.si quis
ita*, Si quis ita, inquit, legauerit, si qua filia mihi
gincetur,ei hæres meus centum dato, pluribus
natis videtur singulis tantumdem legasse,]
& intellige istum text. quòd nominatim dici-
tur fieri,&c.siue sint plures. vt *vers.postea consul-* 2
tus. item adde quod est glo. hic,quæ vult,quòd
instituens filios , non videtur eum instituere,
quē se habere ignorat,quæ opinio apparet magis

giscōmunis,vt patet ex *Ias.hic n.19.*licet *Fortun. infra l.Gallus. in §. & quid si tantum.col.51.* dicat,
contrariam sententiam magis communiter
probari,sed hoc non tanti momenti est, licet
vulgo communis opinionis sit præiudicata au-
ctoritas,vt à veritate recedendum sit, & certè
opi.contra glo. æquior videtur, pro qua vide-
tur *l.C.de inoff.test.in l.si mater.* & fac. *§.sequens & C.eod.l.fi.& infra de hæred.insti. in l.fi.* nec enim
vllum præteriit, & verba generalia sunt, & in-
tentio & voluntas in genere non deficit, licet
in ea specie, quia cum se habere ignorauit non
adfuit, sed voluntas in genere sufficit, vt *infra de milit.testa. in l.3.* maximè liberorum fauore,
& videtur expressum in *dicta l.si mater.*imo for-
tius hoc verum esse debet,cùm verba apta sint
eos comprehendere.vt hic,non obstat tex.*in l. si quis ita.in §.si quis cū ignoraret.de testa. tutel.* quia
non ita necessaria est tutelæ datio, sicut insti-
tutio filij,sed cogita.facit text *infra in §.sequenti, vltimo not.* quod quæstio facti ad iudicem,
3 non ad iurisconsultos est referenda, sic *C. de transac.in l.vt responsum & C. de impub. in l.precibus.*vide *infra ad Turpi.in l.1. in §. calumniatus,* &
diximus aliàs in istis nostris selectis interpre-
tationibus.

SVMMARIVM

ex §. Lucius.

1. *Primus intellect. istius text. vt decidatur quæstio solius voluntatis.*
2. *Secundus, vt voluntatis & potestatis.*
3. *Error capacitatis hæredis non nocet.*

LVcius Titius cum suprema sua ordinaret
in ciuitate,& haberet neptem ex filia præ-
gnātem rure agentem,scripsit,id qood in vtero
haberet ex parte hæredem, quæro, cum ipsa
die qua Titius ordinaret testameotum in ciui-
tate hora diei sexta,eodem die aluescente cælo
rure sit enixa Mæuia masculum, an institutio
hæredis valeat, cum quo temporé scriberetur
testamentum, iam editus esset partus, Paulus
respondit, verba quidem testamenti ad eum
pronepotem directa videri, qui post testamē-
tum factum nasceretur,sed si vt proponitur,ea-
dem die qua testamentum factum est, neptis
testatoris antequam testamentum scriberetur
enixa esset,licet ignoraote testatore,tamen in-
stitutionem iure factam videri rectè respoo-
1 deri.]Quæstio quæ in isto tex. decidītur, ex
mente omnium ferè scribentium, talis est,qui-
dam instituit posthumum soum nasciturum,
habens antea in villa ourum prægnantem,quæ
tamen eo tempore, quo testameotum confi-
ciebatur,pepererat eo ignorante,vtrum valeat
institutio,cùm is natus, non nasciturus sit, re-
spondetur,quod valet, vt in tex. sed verior in-
2 tellectus est ille quem subsensit *Cuma.in præsenti,*quod quæstio noo eo pertineat,quod natus,
vti oasciturus instituatur, sed quod iure ciuili
posthumi alieni institutio nulla sit,at si ad opi-
nionem testanris respicis,posthumus est, ideo
institutio nulla est,si vero veritatem, natus est
non posthumus, ideo institutio valet, respon-
detur tamen institutionem valere, veritate,nō
testatoris opinione inspecta, & istum intelle-
ctum elegauter applicat,& sequitur *Acost.in interpretatione,in §.posthumus pag.2.de lega.instit.*qui
nunc ad manus nostras peruenit, & ideo non
fingitur quæstio in vxore prægnante,sed in nu-
ru,quia si esset ex vxore, cum esset posthumus
suus,nulla erat dubitatio, ao institui possit, vt
dicemus *infra eod. in l.Gallus.* denique quæstio
potestatis hic expeditur,secūdum intellectum
Cuma.vel voluntatis secundum alios, vel po-
tius secondom Cuma. vtraque: quia & voluit
instituere,& potuit,licet id non existimauerit:
ex quo nota valde quòd error circa hæredis 3
capacitatem non vitiat,si verè capax erat, facit
tex.in *l.si pater familias Titium infra de hæred. instituend.*quia in delictis sola opinio non sufficit,vt
*infra de furt.in l.falsus. in §. qui alienum. ibi,*etiam
si ego.]

SVMMARIVM

ex l. filius familias.

1. *Miles potest exhæredari.*
2. *Monachus an possit exhæredari.*
3. *Vtrum lex ciuilis possit vtilitatem ecclesiasticis personis afferre.*

P*Aulus*, Filius familias, si miliret vt paganus,
nominatim à patre aut hæres scribi, aut ex-
hæredari debet,iam sublato Diui Augusti,quo
cautum fuerat, oe parer filium militem exhæ-
redet.]

Nota quod milites sicut Pagani exhæredari 1
possunt,ratio est,quia milites in testamenti fa-
ctione passiua nullum habent priuilegium,
arg.*C.qui testa.fac.poss.in l.si quis imperatorem.*Sed 2
quid de monachis Deo militantibus, vtrum
possint cum effectu exhæredari, quod videtur
quia monachismo non tollitur ingratitudinis
iusta puoitio,vt *C.de episc. & cleri.in l.Deo nobis. in §.hoc etiam.*ibi,tantummodo,&c.] & hoc ve-
rius videtur,vt glo. ibi notat, nam à pœna tē-
porali monachismus non liberat,vt per *Bar.infra de pœn.in l.1.*fac.tex *infra de furt.in l.qui ea mente.*& notat.*extrau. de accus. C. de his criminibus,*&
vide *glos.infra de bon.liber.in l.si filius qui patri.* sed
text.est in decretis,qui dicit non posse eum ex-
hæredari:qui extractus est ex *Iustinia.nouella 19. q.fi.c.nō liceat.*sed ait Alcia.Gratianū Monachū
hoc commeorum admuenisse,& ita illum tex.
suo capite composuisse, ideo ius non facere,
sed Gratianum ab hac calumnia defendit glos.
in dicta l.Deo nobis. vbi dicit esse nouellam Iusti-
niani,qui hoc dicat, oisi dicas glo. ob Gratiani
caput fuisse deceptas,sed illam nouellam se di-
cit vidisse *Reuer.Episc. Segobiens. in c. Raynucius in princ.nu.20.de testam.* & expressè habetur in *authent.*

thent. de S. mct. epis. in § nullam, secundum Holo-
andri traductio. *constit.* 123. cuius verba sunt,
nullam autem licentiam, aut parentibus vt li-
beros, aut liberis vt parentes, qui sæcularem
conuersatione relinquunt, tanquàm ingratos
hæreditate sua excludant per causam aliquam
quæ monasticam vitam præcesserit.] Secun-
dum verò traductionem domini Episc. Iler-
dens. Non licet parentibus liberos, vel liberis
parentes ab hæreditate sua repellere, mona-
chos factos, quamuis dum laici fuerint, in
causam ingratitudinis inciderint,] licet tenen-
do traductionem, quæ nunc vulgo habetur,
hoc non probatur, vt patet ex glossæ expositio-
ne, verbo ingratos, & ita si filius ingratus mo-
nasterium ingrediatur, exhæredari non pote-
rit, quod sequitur notan. *Cost. infra in l. Gallus. in
§. & quid si tantum pag.* 136. licet contrarium ob-
seruari dicat, se vidisse in conuentu Vallisole-
ti, & ex causa, ob quam an sæcularis exhæreda-
ri cum effectu possit, quæstionis est, cum multi
teneant lege non posse caueri, vt filia, quæ sine
voluntate patris contrahit matrimonium, pos-
sit exhæredari, de quo alibi dicemus, quæ om-
nia licet vera sint potest tamen adhuc de vi di-
3 cti c. dubitari, quòd leges à principe sæculari æ-
ditas tanquàm à nõ suo superiore etiam in eo-
rum vtilitatem ecclesiasticæ personæ non ad-
mittunt, *extrau. de constit. c. ecclesia Sancta Maria.*
nam inquit *S. Ioan. Damascenus lib. 2. aduersus
Iconomastigas.* In dogmatibus, & dispositioni-
bus ecclesiasticis, imperatorum non esse, vt le-
ges imponant, sed accipiant, pastoribus verò,
& doctoribus ecclesiæ mandatum esse, vt ec-
clesiasticæ rei ordinem non ad imperatorum
arbitrium, sed ad rectæ fidei normam præscri-
bant, dicente Apostolo, &c.] neque quod à
Gratiano sit in decretis posita vires accipiet,
vt patet ex adduct. à *Felino in c. ex parte. in vers. li-
ber Decretorum. extrau. de rescript.* sed hæc magis
est remissio pœnæ, ab ipsamet lege inductæ, &
d. c. ecclesia Sancta Maria. verba hyperbolen ha-
bere videntur, nam ius canonicum in causis
temporalibus ius ciuile non respuit, *de noui oper.
nuntia. c. 1.* nec in ecclesiasticis, vt *extrau. de prab.
li. 6. in c. dudum. circa fin.*

SVMMARIVM

ex l. filius à patre.

1. *Conditio de qua in textu non fuit potestatiua.*
2. *Hic filius non habuit cohæredem, secundum intellectum communem.*
3. De *interpretatione l. fi. infra de conditio. institutio.*
4. De *intellectu l. si pater. C. de institution. & substitutio.*
5. *Noua huius l. interpretatio. & dicta l. si pater.*

TRiphonius, Filius à patre cuius in potestate
est, sub conditione quæ non est in ipsius
potestate hæres institutus, & in defectum con-
ditionis exhæredatus decessit, pendente etiam
nunc conditione, tam institutionis quàm exhe-
redationis: dixi hæredem eum ab intestato
mortuũ esse, quia dum viuit, neque ex testamẽ-
to hæres, neque exhæredatus fuit, hærede autẽ
scripto, ex parte filio cohæres post mortẽ filij
institui potest.] Difficilis est hæc lex secundum
doctores, & legitur pluribus modis, primo mo-
do in glos. quòd filius sit institutus sub cõditio- 1
ne potestatiua, sed non placet hic intellectus 1. *Intellectus.*
Bart. & merito, quia est contra literam text. &
adde, quòd si de ea loqueretur hic text. filius
teneretur ex edicto *infra si quis omis. caus. testa.* vt
eod. tit. in l. 1. in § prætermittere. cum sequent. secũdò
modo legitur in conditione casuali, & hic in- 2. *Intellectus.*
tellectus approb. magis cõmunis & est verus,
sed in verificatione eius & ratione, nõ modica
versatur difficultas, quam sic oppo. si filius fuit
institutus sub conditione casuali, & in defectũ
eius exhæredatus, talis institutio nullum defe-
ctũ habet, vt *C. de insti. & subst. in l. si pater.* ergo
cum causa testati non deficiat, quo pacto po-
test ab intestato succedere? ad hoc respondet
glo. & Bar. quòd hic deuenitur ad intestati suc-
cessionem, quia filius cohæredem non habuit, 4
cuius aditione exhæredatio posset confirmari,
quam exhæredatio requirit, vt *infra ad senatus-
consul. Silla. in l. si exhæredatus*, & ideo nulla fuit,
atq. *supra eod. in l. si ita scriptum. in § fi.* nam hic
nec viuo filio, neque mortuo est aliquis qui ad-
eat hæreditatem, & istum intellectum dicit Ias.
approbari communiter ab omnibus: denique
in dicta l. si pater necessario debet suppleri, filio
cohæredem adiectum, secundum doctores, sed
istum intellectum ad nostrum text. reprobat
Ias. post Franciscum de Aretio, quia si inutilis
esset exhæredatio, & testamentum frustra con-
sideraretur, conditionem pendere: ideo ista l.
legitur tertio modo per Paulum de Castro Cõ- 3. *Intellectus.*
mens. & Christophorum de Castellio. quos
Ias. sequitur, quod in hac lege filius fuit institu-
tus in proposita specie, dato sibi cohærede ex-
traneo, & ita institutio & exhæredatio valet,
ideo tamen filius intestato patre hæres effici-
tur, licet ritè institutus & exhæredatus fuerit,
quia moritur filius pendente conditione, ita vt
in eius vita, neque institutionis, neque exhære-
dationis dies cesserit, ideo res ad causam inte-
stati redit, moriente filio, quia ab intestato
hæres effectus, transmittit hæreditatem.

Sed huic intellectui duo obstare videntur,
alterũ est, quod cũ sit rectè institutus & exhæ-
redatus, qua ratione ab intestato succedere po-
test: sed ad hoc respondent prædicti doctores,
hoc obstare, dũ adhuc filius viuit. nam potest
cedere dies institutionis vel exhæredationis,
adueniẽte vel defecta cõditione, sed eo antea
mortuo, cùm adhuc cõditio pẽdeat, neque ex
testamento hæres, neque exhæres fit: vt in text.
dicitur. Alterum vero quod destruere videtur
istũ intellectũ est, cũ text. iste in conditione ca-
suali loquatur, quæ vltimo vitæ spiritu impleri
possit, eo moriente, non destituitur testamen-
tum, cùm eo possit tempore institutionis con-
ditio existere, & sic filius poterit ex testamen-

to hæres decedere, ergo non ab intestato aliquo casu succedere potest, cùm spes testati non defecerit, iuxta nota. *infra de condi. insti. in l. fi. & supra eod. l. si filius hæres.* & in hoc consideratur sola potentia, quicquid Iason ridiculè sane respondeat, sed ad hæc respōdet *Paulus*, quod *dicta l. fi. cum ibid. nota.* in conditionibus potestatiuis locum habeat, in quibus distinguitur, possitne conditio vltimo vitæ spiritu impleri, vel non possit, quæ distinctio in conditionibus casualibus locum non habet, quinimo etsi omnes ferè tales sint, vt quæ in vltimo vitæ spiritu institui, impleri possint, tamen eo incipiente mori, pro defectis habendæ sunt, & ita eo momento testamentum destituitur, nec attenditur, quod tunc conditio existere possit, secundum Paul. ad quod vid. quæ diximus *supra eodem in l. si filius hæres*, sed hic intellectus Christopho. Rapha. & Paul. non placet, quia si ponas filium cohæredem habere, sufficit eo mortuo exhæredationem posse aditione confirmari, nec destituitur testamentum, quod eius vita confirmatum non fuerit, vt *infra ad senatuscons. Silla. in l. si exhæredatus.* Quarto modo istū text. dicit se intelligere *Ias.* licet eius intellectus ab intellectu Christopho. non discrepet, sed eum defendere gestit, quòd ideo hic exhæredatio valet, quia habuit cohæredem, nec hoc habere diuinationem, quòd lex de exhæredatione loquatur, de ea intelligi debet quæ valida sit: quod esse non poterit, si cohæredem datum non fingamus, cuius possit aditione confirmari. sed hoc nihil est, quia cum annulletur testamentum, quæstio in hoc versatur, an propter exhæredationis vitium hoc contingat, quid igitur in hac difficultate sequemur?

Contra Christo. & Cum. & alios.

4. Intell. Ias.

Certè intellectus quos extra glo. & Bar. alij ponunt, sustineri non possunt: nam intellect.
4 quod *d. l. si pater* non intelligatur, nec proœdat filio moriente, non potest per supra dicta defendi, ideo intellectus Bar. verior videtur, licet
5 non parum habeat difficultatis. Sed si nostrum iudicium interponere debemus, nouissimè & planè potest hæc lex intelligi, ita fingendo speciem, in qua ab scribentibus non recedimus, pater filium sub conditione, si nauis ex Asia venerit, hæredem instituit, & in eius defectum eundem filium exhæredauit: moriens filius ab intestato patre hæres existit, sed quæritur an habuerit cohæredem, respondetur, non, ergo exhæredatio nulla fuit: respondeo, verum est, si in exhæredationis terminis inhæsisset, at, vbi cum exhæredatione iuncta est institutio, non his regulis censetur, & magis institutionis naturam, quàm propriam sortitur: vt *supra eod. in l. 3. in §. pure*, pro hoc *d. l. si pater.* quæ de filij cohærede mentionem non facit, denique dum exhæredationis casus non venit, de eius defectu non agimus, moriente vero filio, quia ex testamento hæredem non habet pater, intestato patri succeditur, nec obstat conditionem vltimo mortis articulo existere posse, & ita ex testamē-

5. Nouus in. elle.

to deferretur successio, quia in conditionibus casualibus hoc non attenditur, id enim in solis potestatiuis locum habet, secundum Paul. pro hoc *supra eod. in l. filius hæres.* & ideo si post filij mortem aliquis hæres scriberetur, quia decedente filio remanet, qui ex testamento hæres existere possit, filius non intestato patri hæres erit, vt *hic in vers. hærede.* denique in specie proposita, quando filius sub conditione instituitur, & in eius defectum exhæredatur, magis de institutione agimus, quàm vt exhæredationis naturam consideremus, vt hic iunct. *d. § pure.* & sic in *d. l. si ita scriptum. in § fi.* filius non fuit hæres institutus, hic verò fuit, & hæc omnia sunt ex verbis, & mente *dicta l. si pater.*

SVMMARIVM

ex l. inter cætera.

1. *Non sufficit filium in re certa institui, nisi solus instituatur.*
2. *Intellectus legis si non mortis, de inoffic. testament.*

Gaius, Inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est, de liberis hæredibus instituendis, vel exhæredandis: ne præteritis istis, rumpatur testamentum: namque filio qui in potestate est præterito, inutile est testamentum.]

Intellige quod debet institui, & sufficit in qua cunque parte etiam minima, vt *supra in l. Gallus in §. in omnibus.* vbi diximus contra Ias. dummodo sit quota hæreditatis, non enim sufficit in re vna institui, vel in parte honorum alio adiuncto hærede, vt latè diximus, in *l. si quis seruum. in § finali infra de lega. 2.* & sic nota, quod inre isto testamentum redditur nullum ex prætertitione filij, etiam si ei relinquatur legatum, vel fideicommissum, quod legitimam portionem contineat, vt declarat *Alex. hic per tex infra ad senatus consultum Trebell. in l. ita tamen. in § si quis rogatus.* 1

Sed contra hoc oppo. *supra de inoff. testa. in l. si non mortis. & in l. Papinianus. in § si quis mortis.* vbi sufficit legitimam relinqui titul. donationis causa mortis, ad quod per doctores pluribus modis respondetur, vt patet ex Alex. hic, sed non placent solutiones per eum relatæ, ideo mihi videtur illi text. posse assignari notab. intellect. quem olim excogitauetam, & nunc repetio subsensisse *Aret. hic, Salic. & Paul. in l. omni modo. C. de inoffi. testamen. & Zuar. in l. quoniam in principio. in 2. col. in fine, cum seq. eodem tit.* quòd ideo in dictis legibus excluditur quis à querela, & valet ipso iure testamentum, relicta legitima mortis causa donatione, quia ipsemet filius consensit, qui cum probauerit testamentum, non poterit eum nullum dicere, vt *infra tit. 1. in l. filio præterito. & infra de bon. poss. contra tab. in l. non putauit. in § si quis sua manu.* quòd autem testamentum probauerit, ex eo apparet, quia donatione causa mortis sibi legitima data, quæ donatio

donatio non sine eius facto, & voluntate perficitur, vt *infra de donat. caus. mort. in l. inter mortis causa.* nam apud omnes constat causa mortis donationem tempore isto stipulationem requirere, nam & hodie etiam post *l. C. de dona. si quis argentum.* quæstionis est, an pactum nudum sufficiat, vt ex ea agi possit, de quo pro *glo. infra de lega. 2. in l. cum pater in § Mæuio.* lat. *Fort. post Alexand. supra de pact. in l. iuris gentium in § quinimmo. col. penultima. & Tiraq. C. de reuo. dona. in l. si vnquam. verbo donatione largitus. num.* 200. denique cùm donatio causa mortis consensum donatarij requirat, necessario infertur, donatione causa mortis data legitima filium excludi, magis proprio facto, quàm tituli natura, vel causa.

Sed contra hæc vrget tex. in *authen. vt cum. de app. cogno. in § aliud quoque capitulum coll. 8. ibi,* donatione.] Sol. ibi non fuit expressum legitimæ causa illam donationem fieri, ideo non videtur ea fuisse satisfactum, cum titulus id efficere nõ possit, nec consensus qui in proposita specie non apparet, potest etiam dicere, quod dictus § intelligatur in donatione causa mortis facta, in testamento filio absenti acceptante tabellione, ex his quæ *Bart. infra rem pup. salu. for. in l. 2.* cum his quæ late *Reu. Episc. Segobien. in rubrica de testam. in 3. parte in num. 13.* quia filio satisfactum non erit, secus si eo acceptante loco legitimæ donatum esset, licet enim videatur testatorem solemnia non implesse, tamen quasi agnitam defuncti voluntatem, filius impugnare non poterit. *infra de bon. liber. in l. 3. in § penultimo.* denique legatum, vel fideicommissum quod sine eius cõsensu fieri potest, vt *infra de leg. 2. in l. cum pater. in § surdo.* eum non excludit, etiam si legitimæ nomine factum sit, secus in donatione, quæ scienti, & consentienti fit, & hic est verus sensus prædictarum legum, ex quibus satis liquet, filium consensum posse accommodare patri eum prætereunti, eoque firmabitur testamentum per dictas leges, licet aliqui de hoc dubitent, de quo *Ias. hic,* qui finali col. dicit, istam sententiam crebrius à doctoribus probari, & vide *Deci. in l. finali. C. de bono. possess. contra tabulas, in nu.* 9. nam si filius testamentum se prætereunte, nullum approbare potest, vt *infra titu. 1. in l. filio præterito.* quanto magis consensus initio præstitus id operabitur, vide quæ diximus supra *in eodem, l. multi non nota causa.*

SVMMARIVM
ex l. finali.

1. *Quando exhæredatio impediat contra tabulas.*
2. *Non est remedium quod appelletur ius dicendi nullum.*

Martianus, Si filio emancipato exhæredato, is qui in potestate est, præteritus sit, ipse quidem emancipatus, etsi contra tabulas petat, nihil agit: ab intestato autem & suus, & emancipatus venient.]

Oppo. exhæredatio nulla qualis hæc fuit, non repellit à contra tabulas bonorum possess. vt *infra de bono. possess. contra tabulas. in l. non putauit. in § non queuis.* Sol. secundum recentiores, scilicet *Aret. Alex. & Ias.* verum est, nisi nulla sit exhæredatio ex præteritione alterius filij, sed hac solutione non satis hoc explicatur, ideo videtur, quòd hic ideo contra tabulas non datur, quia testamentum nullum est, ipso iure filij præteritione, ideo cessat bonorum possess. contra tabulas, quę ad rumpendum inuenta est, sed hoc per se cadit, cum suo præterito contra tabulas detur, vt *infra de lega. præst. in l. si qui in potestate. & infra de contra tabulas in l. 1.* ideo dic, quòd licet testamentum nullum sit, potest dari cõtra tab. præterito, & quoad hoc validum censetur, ideo ex hoc capite exhæredatio non est infirma, cum ritè facta sit, & ita exhęredato non datur contra tab. bono. poss. quę solum præteritis datur, dic clarius, vbi exhæredatio est nulla, nõ impeditur cõtra tabu. verũ est, quando est vitiũ in ipsa exhæredatione, non in alio extrinseco, nam tunc contra tabulas dari non potest exhæredato, quia ex persona exhæredati agentis nullum est vitiũ, sed petet ab intestato, vt hic. 1

Et nota singulariter, quod edictum committitur instituto à præterito, vt ipse possit contra tab. vti, vt *infra de bono. poss. contra tab. in l. illud. in § si quis.* non autem committitur exhæredato, text. est singularis hic, & sic de facili secundùm tabulas, conuertitur in contra tabulas socij beneficio, non sic querela in contra tabulas, & in hoc est hic tex. singularis.

Item nota ex tex. quòd non reperitur, nec est remedium aliquod, quod ius dicendi nullum dicatur, sed ab intestato aditur hæreditas, sine medio iuris dicendi nullum, de quo latius scripsimus *supra eodem in l. si à primo.* item nota quòd nihil agere dicitur, qui sine actione experitur, vt *l. 1. in fi. supra quand. dies vsufruct. leg. cedat.* sed hoc vulgare est satis. 2

SELECTARVM INTERPRETATIONVM

LIBER QVINTVS.

Ad legem Gallus.

SVMMARIVM

ex l. Gallus in principio.

1. *Posthumorum quidam sui, quidam alieni.*
2. *Gallus in alieno posthumo loquitur, & infr. num. 3. & 10.*
3. *Requiritur quòd subducatur praecedens posthumum in vitu testantis, contra Fortu.*
4. *Quòd Gallus nihil de nouo induxerit, contra comma. & num. 25. & 26.*
5. *Quae sit potestas iurisconsulti.*
6. *Intellect. l. si minor. de seru. expor.*
7. *An Gallus habuerit regulam, l. in tempus, de hered. instit. inf.*
8. *Quando requiratur capacitas instituti tempore testamenti.*
9. *Gallus loquitur in posthumo alieno, contra Fortun.*
10. *Quare posthumus suus institui potuit.*
11. *Quare alienus non potuit,*
12. *Posthumus inter incertas personas connumeratur. vide infr.*
13. *Verus intellectus l. quidam relegatus, infr. de rebus dubiis.*
14. *Intellect. l. eius seruum. infr. de hered. instituend.*
15. *Seruus non habet capacitatem de se, etiam si proprio intuitu instituatur.*
16. *Capacitas domini quando consideretur.*
17. *Seruus naturaliter capax potest esse.*
18. *Singul. intellect. l. substitut. de vulg. & pupillar. substitutio.*
19. *De iure praetorio alienus posthumus potest institui.*
20. *Intellect. Fab. ad §. posthumus, non est bonus.*
21. *Nouus sensus ad §. posthumus.*
22. *Alius sensus ad dictum §.*
23. *An interpretatio huius l. sit superflua.*
24. *Quid differat Galli responsum à Velleij & Iuliani resp.*
25. *An Velleius & Iulianus aliquid de nouo inducant, & vi. supr. num. 5.*
26. *Lex Galli non est lex noua.*
27. *Verbum possum, an inducat voluntatem, & infr. latè.*
28. *Nullum inducere necessitatem etiam conditionalem.*
29. *Prohibitio l. ciuilis quando impediat ortum obligationis naturalis.*
30. *Nihil interest, verba l. prohibitiua sint in futurum, vel praesens concepta, contra Bart.*
31. *Vbi verbum potest, dirigatur ad iudicem, non inducit necessitatem, contra Raph.*
32. *An in vltimis voluntatibus verbum possum, inducat necessitatem.*
33. *Text. in l. fideicommiss. infr. de lega. 3. in §. hac verba, etiam in contractibus locum habet.*
34. *Obligatio passiua non pote · esse in nostra voluntate.*
35. *Noua interpretatio d. §. hac verba.*
36. *In Galli cõsilio praesupponitur institutio filij, latiss. cũ seq.*
37. *Verbum instituo, sumitur pro substituo.*
38. *Quare instituo sit directum, substituo verò commune.*
39. *Verbum instituo hic stat propriè, contra omnes.*
40. *Nouus sensus super verbum instituo.*
41. *Inductio §. in omnibus contra Polit.*
42. *Alia inductio dicti §. in omnibus his speciebus.*
43. *Ex substitutione non tollitur vitium praeteritionis.*
44. *Suus non potest praeteriri sub conditione si voluerit. vid. num. 51. cum sequent. & vid. nu. 61.*
45. *De intellect. l. si ita stipulatio. de per. liberto. infra.*
46. *In d. l. posita in conditione, non habet vim dispositionis.*
47. *An mortuo filio praeterito, validetur testamentum. & infra nu. 55.*
48. *Nouus sensus §. in omnibus infra ista l.*
49. *Scaeuola non habuit rationem iuris praetorij.*
50. *An defendatur iure praetorio ex capite. l. filio praeterito.*
51. *Valet testamentum à princ. iure praetorio, si quis ita testetur, si filius meus nolit hereditatem.*
52. *Intellect. l. si quis ita instituatur, heres si legitimus infra 56. & 60. & 43.*
53. *Quid si alius instituatur, si filius moriatur.*
54. *L. Si posthumus. in princ. infra titu. 2. an habet locum in filio iam nato.*
55. *Nouus sensus ad dictam l. si posthumus.*
56. *Nouus sensus ad dictam l. si quis ita instituatur heres.*
57. *In consilio Galli si testetur miles, non requiritur filij institutio.*
58. *§. in omnibus. in milite non procedit.*
59. *Si miles testetur verbis Galli, an videatur filium instituere vel exheredare.*
60. *Intellect. l. si quis ita heres instituatur.*
61. *Quando verbum si nolit, dispositionem inducat, noua interpretatio.*
62. *Testamentum inter liberos an operetur, quòd positus in conditione videtur vocatus.*
63. *Non conceditur plus patri, quàm militi.*
64. *Positus in conditione, verum ex coniecturis videatur vocatus.*
65. *Si non obseruetur consilium Galli, an nepos rumpat.*
66. *Gallus principaliter cauit, vt posthumus institui possit.*
67. *Error Bart.*
68. *Ante l. Velleiã an posthumus improprius institui possit.*
69. *Error Iasonis.*
70. *Error Fort.*
71. *Eadem ratio est in l. Velleia, quae in Galli responso.*
72. *Error Bart.*
73. *Dispositio facta verbis Galli, trahitur ad casum Vellei.*
74. *In dies mortis testatoris computetur in 10. mensibus.*
75. *Natus post 10. menses & 2. dies an sit legitimus.*
76. *Si mulier, mortuo statim testatore, contrahat matrimonium, & pariat 10. mense, cuius censeatur filius, vid. Alcia. lib. 9. parerg. c. 12.*
77. *Dictum matris maximum facit praeiudicium.*
78. *Probationes omnes sunt arbitrariae.*
79. *Vtrum praedictus filius hereditatem amborum possit vendicare.*
80. *Quando quis possit contrariis remediis vti.*
81. *Masculinum an concipiat foemininum.*
82. *Contra recentiores nouus sensus nostrae l.*

SCaeuola, Gallus Aquilius sic posse institui posthumos nepotes induxit, Si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siueque neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius

fius meus moreretur natus, nata erit, hæredes funto.]

1 Istam l. diuide per Bart. & dd. & præmittendum est, quòd posthumorum quidam sunt sui, quidam extranei, vel alieni. extraneum autem non hic accipimus pro omnino extraneo, sed sicut & aliàs, extraneum dicimus etiam filium, si non sit in nostra potestate. *C. de rei vx. act. in l. vni. in §. extraneum.* ita hic extraneum dicimus vel alienum omnem illũ, qui si nasceretur tempore testamenti suus hæres futurus non esset, itaque etiam nepotem, qui futurus erat in potestate nostra, si viuis nobis nasceretur, extraneum posthumũ dicimus; cum eum præcedente eius patre, suus futurus non esset. vt *insti. de hered. quæ ab intest. deferunt. in §. ita demum.* & quod posthumus alienus ille dicatur, qui si nasceretur tempore testamenti, futurus suus testatori non esset: not. Bar. hic in casus positione, & *infra in §. nunc demum. de l. Velleia. col. 1. & supra de inoff. testa. in l. si posthumus. in si. princip. Paul. & Alexan. hic, col. 1.* & communiter omnium secundum *Iaf. col. 2. per text. insti. de lega. in §. posthumo. & infra de lega. 1. in l. pen.* vbi inquit text. quòd per Gallum fuit inductum, vt alieni posthumi hæredes institui possint, at,

2 hic Gallus de posthumo nepote loquitur, & quòd aute Gallum suus posset posthumus institui, & ei substitui, patet ex Cic. in Brut. seu de claris oratorib. vbi ponitur quæstio inter Marcum Curium & Cæpionem, nam Crassus, qui partem Marci Curij defendebat, fuit ante Gallum, vt apparet ex *l. 2. supra de origine iuris.*

Circa quod notandum est, posthumos suos institui permissum esse, alioquin si prohibitum esset, iniustè imponeretur pœna præterеunti, quod non fecerit, quod facere prohibitum esset, alienus autem posthumus, neque ex institutione, neque ex legato capere poterat, & alienus, vt diximus, dicebatur qui suus nõ erat. hæc probantur *insti. de lega. §. posthumo. cum seq. & in §. incertis. cum seq.* Gallus autem induxit, vt alienus posthumus institui possit in eũ casum, quo futurus sit suus, ideoque semper requiritur, vt subducatur de medio in vita testantis

3 præcedens posthumum in suitate, vt hic, & in *§. idem credendum. & in §. & quid si tantum. & in §. & quid si is. & in §. vt instituens. & in §. si eius. & in §. forsitan.* quicquid *Fortu. Garf. in §. sequent.* malè contendat. induxit igitur Gallus casum in quo posthumus alienus hæres institui possit.

4 Sed oppo. quod Gallus nihil noui induxerit, nam si erat talis regula, vt posthumus suus institui possit, alienus non possit, ergo alienus posthumus eo casu, quo futurus sit suus institui potuit, vt *infra de hered. institu. in l. in tempus.* vbi incapax institui potest in tempus, quo futurus sit capax: fac. *de manu. testam. in l. libertas testamento. & supra de dona. inter vir. & vxor. in l. quia in hoc.* & inquit *Bened. de Plumb. post Iacob. in d. l. libertas,* quòd potest institui spurius sub conditione, si à principe legitimetur, vel dispensetur, de quo lat. *Alexand. in §. instituens. infra 1. & 2. col. & Curt. Iunior in consi. 84.* nec potest dici continere fraudem hanc institutionem, cum per eam conditionem maximè caueatur, ne fraus fiat, vt probatur *infra de manu. testament. in l. si quis locuples.* ibi, nam qui sub ea conditione, &c.] nihil igitur noui Gallus induxit, cum ex legibus, & regulis antiquis hoc euinci possit. *Ioan. de Imol. hic* sentiens hanc difficultatem, respondet, Gallum Aquilium induxisse hoc de nouo, quia cùm lex 12. tabularum prohiberet alieni posthumi institutionem, & sic resisteret initio ex collatione in tempus habile, non potest sumere actus validitatem, vt *supra de seru. expos. in l. si minor.* & ita ex Gallo inductum est ius nouum quod *Bartolus* sentit *hic, Bald. Paul. Angel. Alexand. & Iaf. nu. 11. & omnes secundum Soc. num. 2.* sed certè hæc opinio non placet, imo tenendum censeo, Gallum Aquilium non induxisse hoc de nouo, sed ex l. 12. tabularum ex interpretatione prædicta collegisse. vt enim probat textus singu. in *l. adeo. in §. cum quis. infra de acquirend. domi.* qui rem occultam explicat, non nouam speciem facit, sed eam quæ est, detegit, sed ideo Gallo hæc dispositio tribuitur, quia hæc subtilitas ante eum ab aliquo non fuit animaduersa, nec fortè alij, quàm Gallo hoc in futurum reperire contigisset, & ita intelligo verbum induxit hic positum: licet etiam dici posset induxisse per interpretationem, nam & inducere legem non est, legem facere, sed legem euincere, vt *infra eod. in §. ille casus.* & sic teneo contra commun. cum *Salomo. num. 28. & Perotto.* nam si lex 12. tabularum refragaretur huiusmodi institutioni, & casus iste sine eius l.

5 correctione induci non posset, Gallus id non permisisset, cùm iuris consultis interpretandi auctoritas, non corrigendi, vel emendandi potestas cõcessa sit, vt *instit. de iure natur. gent. & ciuil. in §. responsa prudẽtum,* nam & *Vlpianus* legem iniquam & rigorosam fatetur, & tamen eam intactam relinquit, *infra qui & à qui. in l. prospexit* quod quidem hoc perquam durum, inquit est, sed ita lex scripta est,] quod non faceret, si corrigendi potestatem haberet, vt *C. ad l. Iuliã de vi pub. in l. seruos, cum alijs.* & hoc certum est, iurisconsultos corrigendi leges potestatem non habere, quinimo si lex deficiat verbis, vel iusta interpretatione, iurisconsultus disponere non potest, vt *infra de fideicommiss. liber. in l. itaque,* licet his videatur obstare *infra ad l. falcid. in l. 1. in §. si cohæredis.* sed solue vt ibi, & *infra de colla. bono in l. si filium in potestate sibi edictum habet.* sed expone scilicet in cortice, item *supra eod. in l. placet.* dic vt ibi dixi arg. contra *l. quamuis. in fi. supra de in ius vocan.* ibi, licet edicti verba non patiatur.] Sed dic, quia nõ distinguũt, vt in principio illius legis, nõ tamẽ sunt verba cõtraria vel rẽpugnãtia, & ita Gallus Aquilius nõ poterat contra legẽ duodecim tabularum respondere, neque legẽ nouã inducere, nõ enim hoc iuris cõsultus poterat, vt diximus, neque obstat quod Gallus Aquilius

Aquilius alias leges constituit, quas alij iurisconsulti interpretantur, vt *supra ad l. Aquili.* & vt refert *Cicer. lib. offic. tertio*, Gallus formulas de dolo malo pertulit,] sed his possumus respondere quoad legem Aquiliam attinet, quod Gallus Aquilius eam, dum esset tribunus plebis rogauit, nam ea lex plebiscitum est, *Vlpia.* refert in *l. 1. supra ad l. Aquil.* quod vero ad doli mali formulas dicimus, quod potius ad interpretationem legum pertinebant, quàm vt leges essent, nam de dolo malo prætoris edicto cautum fuit, & eandem interpretationem doli quam Gallo tribuit Cicer. Seruio, & Labeoni Vlpianus tribuit in *l. 1. supra de dolo.* sed responsum hoc nostrum à Gallo vt iurisconsulto editum est, cuius auctoritas legis abrogandæ non erat, quod ipsi doctores fateri videntur, dum Gallum à Scæuola reprehendi existimant, licet etiam in hoc errant, vt infra dicemus in §. sequent. reprehendi autem non posset Gallus, si eius responsum legis vim obtineret. nam vt diximus, legi se submittit Vlpianus, & cæteri iurisconsulti, etiam si eam duram esse cognoscãt, & hæc nostra interpretatio comprobatur, quia vbi Gallus habuit potestatem legis condendæ, eius dispositio lex appellatur, vt in locis supra allegatis, at, nullus dixit Gallũ hic legem protulisse, sed de iure respondisse, ideo Galli responsum vel sententia appellatur, non lex, vt in *l. penu. infra de leg. 1.* ibi, obtinuit Galli sentẽtia.] sicut & dicitur sententia *Iuliani*, *infra ista l. circa finem*, cuius responsum legẽ esse nullus dixerit, verum est quod hodie iurisconsultorum respõsa leges appellamus, & sunt, quia Imperatoris auctoritate postea vim legis obtinuerũt eorũ respõsa, quæ circa legum interpretationẽ ediderũt, licet *Budæus, & alij* potius capita, quã leges censeant appellanda, sed cùm de nomine solum non de vi eorum sit quæstio, non est opus à nostrorum Doctorum recepta appellatione discedere.

Licet igitur posthumum alienum in eum casum hæredẽ instituere, quo futurus sit suus per l. 12. tabularũ ex Galli Aquilij interpretatione, quod probatur in *§. si eum infra ista l.* ibi, vel ex iure antiquo,] vbi ex iure antiquo dicuntur hi casus deduci, quia rectè incapax hæres instituitur eo casu, quo capax fiat. neque obstat tex. in
6 *d. l. si minor. supra de seru. exportan.* vbi dispositio facta tempore inhabili non valet, etiã si in tempus habile conferatur, quia verũ est, quãdo inhabilitas vel defectus cõtingit in agente, maximè quãdo ex defectu pleni iudicij id contingit, secus si ei insit, in quẽ dispositio cõfertur. vt in *d. l. in tempus. secundũ Soci. col. pen. & Fortun. nu. 15.* nec me mouerit si dicas regulã *l. in tempus*, post Gallum fuisse traditam, vtpote, quæ à Modestino recentiori iurisconsulto fuerit constitutã, quia cùm sit ex iurisconsulti responso, qui ex ratione naturali interpretatur multo ante Modestinum, cum naturali ratione fuit producta, nec fugit Gallum, cuius subtilis interpretatio ea ratione nititur, & fortè hoc *Modestinus* didicit ex Gallo.

Quod autem naturali ratione hoc inductũ sit, apparet, quia alioquin partus ancillæ, & fructus nondum nati legari non possent, cum dispositionis tempore non sint in rerum natura, potest tamen de his fieri dispositio, vt in *l. 1. infra de condition. & demonstration.* nec obstabit tex. huius *l. 1. infra in §. ille casus.* ibi, nullo iure, &c.] quia debet exponi nullo iure, scilicet, expresso, nec ex interpretatione Galli, quia in natis post aui mortem loquutus est, sed ex Iuliani interpretatione duo capita l. Velleiæ commiscentis, & ita debet ille tex. intelligi, quicquid *Fortun. 7. col. post Soci. col. pen.* & ita teneo Galli responsum, interpretationem legis antiquæ, non correctionem esse, & vid. quæ dicam *infra in §. sequenti.*

Instat tamen adhuc *Soci. hic, in col. 1.* dicens, 7 posthumum alienum etiam eo casu, quo futurus sit suus, institui non posse, nisi per legem expresè iuris noui inductiuam permissum esset, ex eo, quia in institutionibus capacitas in instituto, tempore testamenti requiritur. *infra de hæredi. institu. in l. si alienum. in §. in extraneis.* quando ex testamento succeditur, secus si ab intestato destituto testamento, vt *de hæred. quæ ab intesta. deferun. in §. cum autem. & supra eodem. in l. si quis posthumos. in §. pen.* quæ capacitas in consilio Galli non datur, nam alienus est posthumus testamenti tempore, cùm pater eius viuat, sed errat Socin. *Error Soc.* quia in institutionibus conditionalibus, qualis est in consilio Galli, capacitas tempore testamenti non requiritur, vt est textus *in dicta l. in tempus. & infra de vulgar. & pupillar. in l. si is qui hæres.* vbi *Ias. d. commun. opinion.* de quo latè *idem Socin. eodem tit. in l. 2. 3. col. & Poli. in mater. pupill. 7. quæstione.* sufficit enim quòd 8 tempore, quo conditio impletur, capax reperiatur, vt diximus supra isto titulo *in dicta l. si quis posthumos. in fine princip.* quod in specie, quam Gallus fingit, contingit.

Posthumus ergo alienus institui non potest, nisi in eum casum, quo futurus sit suus, institutio conferatur, & sic ista lex loquitur in alieno posthumo, vt commu. omnes asseuerant, secũ- 9 dum *Ias. 2. col.* sed contra hoc cauillatur *Fortun. 3. col.* cum sequent. dicens, quòd hæc lex non loquatur de posthumo alieno, quia alienus posthumus dicitur, qui natus inter suos testatori futurus non est, *insti. de lega. in §. posthumo*, requiritur ergo vt sit alienus, quod futurus sit suus alicui, testatori autem futurus nõ sit, quod vtrunque in hac specie cessat, nam nec alij suus nascitur, & nascitur suus testatori. sed hæc leuia sunt, primum enim apertè est falsum, nam & alienum vocamus, quod nostrum non est, & si alterius esse non appareat, vt *C. vnde vi. in l. fi.* & extraneum vocamus emancipatum filium, qui in nullius est potestate, vt *instit. de hæred. qualitat. & different. in §. cæteri.* & facit text. *C. de hæredi. institu. in l. extraneum.* alioquin sequeretur, si opi. Fortunij esset vera, quòd

quòd per l.12.tabularum posthumus nepos ex filia instituti ab auo non posset, si pater viuat, in cuius est potestate, si vero non viuat, instituti posset, cùm in alicuius non sit potestate, ideo secundum Fortun.alienus non sit, item eadem ratione omnis posthumus spurius instituti posset, cùm, secundum Fortunij regulam non sit alienus, cùm alteri non sit suus, quòd nemo dixerit, & errat *Fortun. in coustructione dicti §. posthumo*. Secundum vero eius cauillum, circa nomen, non circa rem versatur, nam posthumus, de quo Gallus loquitur, alienus est, si tempus testamenti respicias, suus autem, si tempus, quo conditio existit, at proprius alienus dicitur, cùm simpliciter sit alienus, suus autem is in conditione est, & verba simpliciter intelliguntur, vt *infra de lega.3.infra in l. hoc legatum*. item alienum appellamus, quia vt alienus ante Galli interpretationem excludebatur, denique quæstio est de nomine, quia alienus est, considerato tempore testamenti, suus, considerato tempore, quo conditio impletur. & vid. ad hæc *l.elegantem de acquirend.rer. domi.in l.insula.in fi.* ibi, desisse insulam esse: sed quo facilius res intelligeretur, etiam agrum, qui insula fuerat, insulam appellat,] ita posthumum antea alienum, qui alienus esse desierat, alienum posthumum appellamus, desierat autem non tempore testamenti, ideo simpliciter alienum appellamus.

10 Sed quæro quare l.12.tabularum posthumos suos hæredes instituere permittebat, nō etiam alienos: respondeo, in suis clara est ratio, quia eorum præteritio rumpebat testamentum, iniquumque esset, vt eius præteritio rumperet testamentum, cuius prohibita esset institutio, & ex hac ratione æquissimum est Aquilij Galli responsum, in alienis autem posthumis, quæ fuerit ratio, doctores quærunt, sed notandum est, cùm l.illa hoc iubens, tanquàm iniqua, à Iustiniano corrigatur, & à prætore contra eam subueniatur, non esse opus reddere rationem necessariam secundum æquitatem, alioqui diceremus ininstè correctam, sed notāda est aliqua ratio, quæ eo tempore locum haberet, postea vero cesset. itaque placet ratio *Raph. Commens.* quòd de iure antiquo incertis personis legari non poterat, inter quas posthumus connumerabatur, vt *institu.de lega.in §.incertis cum sequent. fac.de iur.condi.infra in l.quidam referunt. & Theophil.* expresse inquit, alienus posthumus incertis personis similis erat,]&c. quæ omnia per Iustinia. cessant, in suo autem, prohibitio locum non habebat, ratione prædictæ necessitatis eum instituendi, posthumus ergo instituti non poterat, quasi incertum esset, futurus esset vel non.

11

Ratio Cuma. vera.

12

Sed oppo. vbi incertum ex futuro euentu efficitur certum, non deberet vitiare incertitudo, vt *infra de conditio.& demonstr.in l.1.& infra de legat.1.in l.quod in rerum. in princip. in l. cùm incertum.& de verbo.oblig.in l.interdum.in fi.* sed his respōdeo, quòd aut incertitudo erat ratione personæ, & hæc vitiabat olim, nec considerabatur quòd ex futuro euentu cesset, & pro hoc est text.singularis in ratione, quam ibi ponit, licet *Acursius* non intellexerit, *infra de reb. dub. in l.si quis ita scripserit*. vbi inquit *Martianus*, si quis ita scripserit, Illis, qui testamentum meum signauerint, hæres meus decem dato, Trebatius vtile legatum esse putat, quod Pomponius verius esse existimat, quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis, quod verum esse existimo.]Ecce quòd legatum fieri incertis personis videbatur, sed verum est quia testibus adhibitis i. rogatis, relictum est, ideoque non incerti sed certi erant testatori, vt interpretati sumus in lib.2.Select.interpret.c.3.num.3.aut incertitudo versatur circa res, & vera est prædicta regula etiam de iure digestorum antequàm Iustinianus ederet dictum §. *incertis*. & sic de iure digestor.incertitudo personæ semper vitiat, etiamsi in tempus, quo certa persona fiat dispositio, conferatur.

Singul. interpretatio.

Sed oppo.imo quòd non vitiet hæc incertitudo, quia vbi persona est de certis, licet sit incerta, tamen capax erat hoc tempore, *infra de reb.dub.in l.quidam relegatus. insti. de lega. in §. sub incerta*. ergo posthumus alienus inter incertas personas non poterat connumerari, cum ex certis personis producatur. Sol. aliud est esse personam, incertam de certis, aliud non esse personam sed producendam ex certis, quod posthumo contingit. posthumus ergo incertis personis connumeratur, sed maiori incertitudine notatur, cum in rerum natura non existat, hodie verò cùm incertitudo personæ non vitiet, quæ ex aliquo euentu tollenda est, posthumus, & quælibet incerta persona instituti potest, & hæc est vera ratio legis antiquæ cùm Commens.& Soci.reprobata ratione Imolæ, quæ ridicula est, vt patet ex his quæ *Fort.col.5*. & licet prædicta ratio videatur, & in posthumo suo locum habuisse, tamē dispensatum est per l.cum eo necessitatis causa, quia prӕteritus rumpebat, vt supra dictum est. 13

Sed oppo. quòd posthumus alienus possit hoc iure instituti, textus est *infra de heredi. institu. in l.eius seruum.* iuncto textu *infra de legat.1.in l.si mihi & tibi.in §.regula.& de hered.instit. infra in l. non minus.* vbi seruus alieni posthumi, qui à domino capacitatem mutuatur, instituti potest, ergo & ipse posthumus, *Bar.infra de acquirend.heredit.in l.si seruus eius.* ponens hanc difficultatem, respondet, quòd tunc demum ex capacitate domini serui capacitas censetur, quando domini habetur respectus in institutione, secus vbi solius serui causa fit institutio, quod in seruo posthumi contingit, cum domini non possit dari meritum vel affectio, quæ institutionum, & legatorum solent esse causa. argu.pro socio. *supra in l.nec adijcit*. & ita serui contemplatione, videtur facta institutio, ideo non ex domini capacitate censetur, sed hæc Solut. non placet Alexan. 14 15

Alexand. nec *Fortu.8. col. numero 16. in alia impressione numero 21.* & merito, quia ista distinctio falsa est, si enim seruus à domino ius capiendi non acciperet, id ex seipso habere non posset. vt *infra de regu. iur. in l. quod attinet. in l. in seruitutem* quod *Bart.* ei tribuit, si suo intuitu instituatur.

16 In hac difficultate omissis solutionibus aliorum, mihi videtur dicendum, quòd capacitas dupliciter potest considerari, quędam enim est ciuilis, quædam naturalis, de prima dicendum est, quòd serui capacitas ex domini capacitate est perpendenda, de se enim ipso nullam
17 seruus habet, vt in dictis ll. de regul. iur. capacitas vero naturalis ex persona propria consideranda est, natura enim liberos à seruis non secernit, nam domini furiosi seruus poterit esse mente sanus, & per contrarium, nec habetur pro furioso vel insante, licet dominus sit furiosus vel infans. hæc distinctio colligitur ex textu cum sua glos. *infra de vsucapionib. in l. Labeo.* & hoc voluit *Paul. iurisconf. in l. cùm prætor. in §. moribus. supra de iudic.* qui dum ponit eos, qui iudicare prohibentur seruos connumerans inquit, moribus vt fœminæ & serui, non quia non habeant iudicium, sed quia receptum est, vt ciuilibus non fungantur officiis.] fac. *infra de verborum obligatio. in l. 1. in princip. & in lib. 2. infra rem pupilli saluam fore. & institu. de inutili. stipulatio. in §. sed cum factum.* & hæc est clarior resol. quàm illa *Bald. C. de impub. & aliis l. humanitatis.* vbi inquit, quòd vbi datur diuersa ratio, capacitas serui non regulatur ex domini capacitate, hæc enim est ita vaga regula, vt fermè nihil ex ea præcipiatur, cùm specialis ratio quærenda sit.

Videamus ergo vtrum incapacitas posthumi sit ciuilis, vel naturalis, & dubium non est incapacitatem posthumi ex ratione legis antiquæ naturalem esse, quia posthumus incerta persona erat, & extra rerum naturam, nec minus ex hoc seruus eius certus, & in rerum natura censebitur, capere ergo poterit.

Nec placet vt textus in *d. l. eius seruum.* restringatur in seruo posthumi sui, quia ratio, quæ dubitationem mouebat, ea est, quia dominum seruus nondum habet, vt d. *consultus*, quæ ratio in vtroque par est, siue sui, siue alieni seruus sit, & in alieni posthumi seruo concludunt quæ supra diximus.

Sed oppo. quòd imo posthumus alienus possit hæres institui, vt *infra de vulga. & pupill. in l. sublitem.* vbi posthumus potest substitui. Sol. intellige de posthumo suo, vel alieno, in casu Galli, sed contrà, quod imo in alieno omnino intelligatur, nam de substitutione pupillari ille tex. loquitur, sed ipsi pupillo, cui hæres sit, necessario est alienus, ergo non valet prædicta sol. sed potes dicere, quod sufficit, quòd sit testatori suus, vel futurus suus, quia quos possum mihi hæredes facere, possum & filio meo, *eod. tit. in l. sed & si plures. in §. quos possum.* quod est singulare, vel potes etiam intelligere in substituto omnino extraneo, & quòd intelligatur de iure prætorio, vt infra dicam: sed melior prima.

Item oppo. quòd indistinctè posthumus alienus institui possit, vt *institu. de bono. possessio. in prin.* Solu. verum est de iure prætorio, secus de 19
iure ciuili.

Item oppo. *infra de reb. dub. in l. quidam relegatus. in §. fi.* Solut. vt per glo. inibi, vel dic vt in præced. quòd loquitur secundum ius prætorium.

Item oppo. *insti. de lega. in §. posthumus. in principio*, inquit tex. Posthumus autem alienus hæres institui & antea poterat, & nunc potest, nisi in vtero eius sit, quæ iure nostro vxor esse non potest.] Solu. secundùm glos. loquitur secundũ ius prætorium, vel intelligi potest etiam de iure 12. tabularum ex Galli Aquilij interpretatione, de qua hic, & *infra de lega. 1. in l. pen.* sed quæro, quid velint verba tex. nisi, &c. respond. secundum Fabrum, ponuntur ad casum subintellectum, inquit tex. Posthumus alienus institui potest, supple ergo, à fortiori proprius, &
conceptus ex nobis, nisi, &c. Sed intellect. iste 20
non est bonus, quia alienum capimus pro non suo, licet sit ex nobis genitus, vellet ergo tex. quòd à fortiori suus institui posset, nisi ex ea, &c. quasi ex tali muliere possit dari suus, cum
tamẽ exceptio debeat esse de regula, vt ll. vulg. 21
ideo puto tex. legendum esse sine suppletione, hoc modo, Posthumus alienus institui potest, nisi ex muliere sit, quæ vxor esse non possit, vt si esset monacha, ea ratione quia necessario posthumus debet ex parentum demonstratione ostendi, ergo institutio sub tali turpi demõstratione non valet, *infra de hered. instit. in l. quoties. in §. si quis nomen.* dixi *suprà l. 3.* natus verò, aliàs posset ex se demonstrari sine turpitudine,
vel aliter, & melius potest ille tex. intelligi, 22
præmittendo, quòd posthumum alienum in nostra materia dicimus illum, qui suus non est, licet ex nobis descendat, alienus ergo dicitur à suitate, non à necessitudine, vt in *§. posthumo quoque alieno, instit. de legat.* alienus ergo posthumus in casu Galli, vel iure prætorio antea, vel hodie etiam de iure ciuili, quilibet institui potest, nisi adulterinus esset, vel incestuosus, & hoc reperio dicere *Acost. in eod. § pagi. penul.* & sic text. legitur planè, & ita ille tex. concordat cũ tex. in *l. si quis posthumos. in versi. sed si ex ea 1. & 2. supra isto tit.* de iure ergo prætorio alienus posthumus institui potest iure antiquo, & hodie iure ciuili per Iustinianum.

Sed oppo. ergo superflua est interpretatio, 23
& subtilitas huius l. cum hodie quilibet posthumus institui possit, vt dictum est *C. de insti. C. confir. in l. 1. in §. hunc igitur.* quod videtur Paul. fateri, sed errat, quia licet consilium Galli superfluat, & sit iam ius commune id, quod Gallus posuit in casu speciali, verum est

respectu

respectu potestatis testantis, sed quoad effectus
institutionis, eius interpretatio valde vtilis est,
siue quod testamentum valeat, tribuatur Gallo
siue prętori, siue legi ciuili, & vid. *Alex. 2. euiden-*
tial.
Item notandum est cum Bart. in præsenti,
24 quod Gallus Aquilius loquitur quando post-
humus nepos nascitur auo mortuo, & sic apud
Gallum verbum posthumus propriè sumitur,
vt not. *glo. hic* & vid. quæ diximus supra in rubr.
lex vero Velleia, & casus difficilis Iuliani, quan-
do auo viuo nascitur, & sic in posthumo impro-
priè, ex quo not. doctores præcipuè *Socin. 2.*
col. quòd dispositio l. nouę, limitans regulam iu-
ris antiqui, non extenditur ex identitate ratio-
nis de casu ad casum, quia si responsum Galli
loquentis de nato post mortem haberet locum
etiam in eo, qui ante mortem nasceretur, super-
flueret l. Velleia, sed mihi hæc inductio nõ pla-
cet, eademque via errant, qua in interpretatio-
ne Galli, & ideo existimo quòd nec Velleius,
25 nec Iulianus aliquid vltra Gallum disponant,
sed quia Gallus in antiquæ legis interpretatio-
ne non fecit mentionem de his speciebus, &
posset contingere, sicut ante Gallum contingit,
vt verba legis amplecterentur, vulgo sensis non
rectè perceptis, ita nunc à Galli verbis recedere
non auderent, sicut nec à verbis. l. 12. tabula-
rum ante Galli interpretationem ausi sunt,
eius rationem non assequendo, & ideo *Scæuola*
hoc sibi muneris imposuit, vt nullus casus, qui
contingere possit circa regulam d. legis in pro-
pria specie, remaneret inexpressus vel indecis-
sus, ne in tam difficili materia, sicut olim verbis
inhęreremus, in effectu autem quicquid Gallus
posuit in l. 12. tabularum compræhensum erat,
& quod *Velleius, Iulianus & Scæuola in Gallo & in*
eadem l. 12 tabularum: nam si verba testantis de
nascituro se mortuo loquentis, trahuntur ad eũ
qui se viuo nascatur. *C. eod. l. fin.* quare responsum
Galli non trahetur ad speciem Velleię: & ideo
id quod Socin. notat hic post alios, quod suprà
retulimus in nu. præcedenti non hic probatur,
vt & subsensit *Fort. col. 9.* nec enim hæc est lex
26 noua cum ille, qui interpretatur nihil noui dis-
ponat, vt in *leg. hæredes palam, supra de testament.*
in §. si quid post, nec Gallus disponere, sed ex-
ponere possit, vt supra dictum est in nume-
ro 4.
His præmissis veniamus ad glossam & oppo.
cum *glo. & Bar.* institutio posthumorum neces-
saria est, non voluntaria. *infra tit. prox. in l. posthu-*
morum in §. 1. & tamen Gallus posse dixit, non
autem necessitatem imposuit, ergo &c. glos. fa-
tetur, quòd necessitas versetur in hoc, ne testa-
mentum posthumi natiuitate rumpatur, adde
ex mente, dd. aut loquimur de necessitate prę-
cissa, aut de necessitate conditionali, prima ne-
cessitas non subest, sed secunda, potest igitur
quis posthumos talis hæredes instituere, quod
facere debet, si vult ratam firmamque habere
suam vltimam dispositionem: & sic Bart. not. 27
quòd verbum potest, nunquàm notat necessi-
tatem præcisam, aliquando tamen conditio-
nalem, quod sequuntur doctores hic, circa
quod plura effundit *Fortun. colum. 16.* mihi vero
verius videtur, nullam notari necessitatem, nec *Contra*
conditionalem, si enim versatur hic necessitas *Bart. &*
aliquando, non ex Galli verbis inducitur, sed *doctor.*
ex legibus antiquis. 12. tabularum, qui filios na- 28
tos, & nondum natos, instituendi necessitatem
imponebat, secundum quas consultus nos ad-
monet. *infra in l. inter cætera. & in dicta leg. posthu-*
morum. qui hoc ius referunt, melius igitur dice-
tur, verbum posse necessitatem pręcisam tolle-
re, conditionalem vero non tollere, primæ
enim repugnat secundam vero non excludit, vt
cum iudicio perpendit *Ias. colum. 3.* nullam igi-
tur necessitatem verbum posse inducit, nisi
vbi data potentia attenditur respectu effectus,
non voluntatis, vt infra dicetur in *oppo. numer.*
35. & 36.
Sed oppo. quòd imo præcisam necessitatem
notet. *infra de lega. 1. in l. nemo potest.* Solu. vt per
Bar. latissi. *Tiraquell. post ll. connub. glos. 2.* quod ibi
pręcedit hegano, ideo præcisa necessitas indu-
citur, nam si verbum potest potentiam notat, &
dictio non negat, non posse abnegatio est: po-
tentię ideo actus, deficiente potentia, nullus
erit, quod adeo euidens est, vt inter animi no-
tissimas conceptiones sit annumerandum, hoc
enim sine aliqua arte perpenditur, sed quodam
quasi naturali sensu iudicatur. vt, de non dissi-
mile re, inquit *Cicero* licet. dd. plura. supra hoc
effundant inutiliter, vt apparet ex recentiori.
hic, & *Tiraquell. post leges connubia. in glos. 4. in*
princip.
Sed oppo. *Ias. hic, 4. col. de. l. supra de autho. tuto.*
in l. obligari. in princ. iunct. infra de noual. in l. 1. & in-
fra de verborum obligatio. in l. stipulatio ista. in §. alteri.
vbi oritur obligario naturalis, & sic actus non 29
est nullus ipso, ad hæc breuiter respondeo,
quòd l. ciuilis tollit potentiam, & annullat
actum quatenus potest, respectu ergo solius
obligationis ciuilis id efficit, non naturalis, in
quam non potest, vt insti. de iure naturali gent.
& ciu. in §. sed naturalia. ideo l. ciuilis nunquàm
impediet obligationem naturalem, nisi vbi vi-
get ad id ratio naturalis, quia vel bonis mori-
bus repugnat, de dona. inter vir. & vxor. per tot.
vel est in obligatione naturalis aliquis defe-
ctus, vt bene explicat *Fortun. colum. 12.*
tunc enim lex ciuilis operatur cum fomen-
to naturalis, & vide quæ diximus in libel-
lo de reddit. eccles. in 1. parte in capit. 2. num.
2. & 3.
Nec in hoc admittendam puto distinctio- 30
nem *Bart. infra de fideiussor. in l. si quis pro eo.* quem
Iaso. hic refert, scilicet, aut lex loquatur per
verbum non potest, aut per verbum non
possit, licet enim alterum sit enunciatiuum,
alterum dispositiuum, tamen enunciatio

legis aliam legem præceptiuam, vel ratio-
nem naturalem pręsupponit, ex qua ea-
dem vis, & effectus deducitur, ac si hæc præ-
ceptiuè loqueretur: item vtroque casu dene-
gatur potentia, vt hic probat *Iason. colum.* 4.
item nihil interest, lex in præsens vel futurum
loquatur, cùm vis legis futurum respiciat. C.
de legibus in leg. leges ideo verba illa, non po-
test, præceptiua sunt, quamuis in hoc non
intersit, vt dixi, facit textus. *Cod. de He-
reti. & Manich. in leg. Arrians.* quod est notan-
dum.

Sed oppo. quòd verbum posse, affirmatiuè
prolatum, importet necessitatem, supra de
iurisdictio. omnium iudi. in l. 1. cum sua *glos.
Rapha.* fatetur hoc, si verbum potest ad iudi-
31 cem dirigatur, quod Alexand. non placet 2.
colum. tu dic, quòd verbum potest inducit
potentiam, necessitatemque conditionalem
non tollit alias inductam, ideo iudex tenetur
suum impartiri officium, non ex potestate
concessa in *d. l.* 1. sed ex necessitate aliàs ei im-
polita, de *iusti. & iure supra leg. penult. infra de mu-
ne. & hono. in l. munus. in paragra. iudicandi. & su-
pra de offi. præsi. in leg. congruit. & in leg. obseruare.
& C. ad l. Iuliam. v. publ in l. seruos. & C. ne sacr. bap-
tism. iter in l. fin. & C. de commer. & merca. in leg.* 2.
cum alijs.

Oppo. vlterius quod verbum potest, indu-
cat necessitatem. *infra de legat. 3. in l. fideicommissa.
in paragra. hæc verba.* inquit enim text. hæc ver-
ba, te fili rogo vt prædia, quę ad te peruene-
rint, pro tua diligentia diligas, & curam eo-
rum agas, vt possint ad filios tuos peruenire,
licet non satis exprimant fideicommissum,
sed magis consilium quam necessitatem re-
linquendi: tamen ea prædia in nepotibus post
mortem patris eorum vim fideicommissi vi-
dentur continere.) Ecce text. vbi verbum
possit, necessitatem inducit, quod Bar. in vl-
timis voluntatibus fatetur, post *glos. supra de of-
fic præs. in leg. sæpe.* quod sequitur *hic Iason.* 5. *co-
lum. num* 27. *Fortun.* tamen *numero* 52. insur-
git contra Bart. dicendo, non esse differentia
inter vltimas voluntates, & alias dispositiones,
& respondet ad dictam legem quòd ibi indu-
citur fideicommissum, magis ex tacita mente,
quàm ex vi verbi, sed certè negari non po-
test, & verbum id significare, alioquin con-
tra verba non induceretur legatum, *infra de le-
gat. 3. in l. non aliter.* fac. *infra de vsufru. lega. in l. si
alij* quid igitur dicendum? ego puto idem
esse in contractibus, vt si Titio dem centum,
vt ex his. 20. tribui possint Sempronio, quòd
Sempronio vtilis queritur actio ad 20. quod
est notab. ad *l. C. de dona. quæ sub mod. leg. quoties.*
quia hæc interpretatio fit etiam contra liber-
tatem, vt infrà ostendimus: ergo non fit ex
aliquo fauore, sed ex necessaria interpreta-
tione: non obst. quòd verbum possit non
inducit necessitatem, quia respondeo, quòd

Contra Bart. elegans opi.

vbicunque ponitur in vim modi, cum natura
modi necessitatem, & obligationem inducat:
*vt infra de conditioni. & demonstrationib. in l. quibus
diebus in paragra. Termilius. & C. de dona. quæ sub
mod. per totum: & de his, quæ sub mod. lega. per to-
tum:* tunc, quia nulla obligatio passiua,
potest esse in nostra potestate, vt *infra de* 34
*action. & obligation. in leg. si sub hac Cod. de con-
trahend. emptio. in leg. in emtentis. infra de lega-
tis. 1. in leg. si sic. leg. senatus. in paragra. legatum.
& in leg. stipulatio non valet. infra de verbor. obliga-
tion.* notat *Bal. in consi. sua ma. colum.* 2. optimè
idem Bal. in repe. l. 1. *infra de de lega* 2. ideo in spe-
cie dicti. §. inducetur necessitas, non tam ex
verbo potest, quàm ex natura modi, verbum
autem potest, tunc operatur potentiam, vt
actus possit habere effectum, non vt in partis
sit potestate: refertur ergo potentia ad rem,
non autem ad personam, quasi diceret, volo 35
te. 20. Titio dare, & vt hoc facere possis, do
tibi. 100. argu. C. *de fideicommiss. in l. quamuis sim-
pliciter.* vbi præparatio antecedentis necessarij
inducit dispositionem, ibi, quia inferioribus
verbis testamenti vos sui iuris facere testa-
tor curauit, intelligi potest, restituendæ hære-
ditatis, commodo fideicommisso patrem ob-
strictum esse,] optimus text. in *l. 3. in paragra. qui
habet haustum. supra de serui. rusticorum prædio.* vbi
dicitur in iure eundi ad fontem, & haustum
inesse, neque fauor libertatis excludit hanc
interpretationem: nam *Vlpianus in l. 3. in paragra.
si quis acceperit. infra de statu libe.* inquit, si quis ac-
ceperit libertatem, cum decem dare poterit,
liber esto, Trebatius ait, licet habuerit decem.
vel idoneus fuerit ad acquirendum, & con-
seruandum peculium: tamen non aliàs ad li-
bertatem peruenturum, nisi dederit,] quod
not. quia à nullo scribentium ita reperies de-
claratum, nam Bart. hoc non vidit, licet
illam legem allegauerit, ideo male putauit,
esse aliquid speciale in vltimis voluntati-
bus, non igitur in dicto *paragra. hæc verba.*
operatur verbum possit fideicommissum, sed
natura modi cum alijs verbis, quæ necessa-
rio supplentur, nec obstant ea, quæ diximus
in defensio. libr. nostri de redditib. ecclesiast.
in 2. p in capit. 9. ibi enim obligatio ex l. chari-
tatis præsupponitur, ideo non inducitur ex il-
lis verbis noua obligatio, quia sufficit anti-
qua, vt significatio verbi, possis, non vi-
tietur, vid. etiam quæ dicam infra numero
60. & 61.

Oppo. vlterius cum glos. & Bart. quòd 36
Gallus dederit malum consilium, quia si se-
cundum eius consilium fieret testamentum,
non valeret, cum filius repetiatur præteritus, vt
infra eod. l. inter cætera. in hoc glo. & Bart. respon-
dent, quòd Gallus habuit pro constanti, quòd
pręcederet filij institutio ita concepta, filium
meum instituo, & si filius meus me viuo, &c.
nam tractatus institutionis filii non pertinebat
ad Gal-

ad Gallum,nec in hoc erat dubitatio, vel con-
trouersia,iam enim olim erat expeditus: Galli
autem tractatus circa substitutiones versatur,
ideo de validitate substitutionis vel interpręta-
tione agendum est, validitate testamenti pręsuppo-
sita, & ideo non magis fuit ei necesse lo-
loqui de filij institutione, quàm vt haberet te-
stamentum septem testes & alia solennia, & ita
37 tenent commu. dd. institutionem filij expres-
sam,esse pręmittendam, sic ergo verbum in-
stituo, pro substituo summitur, de quo an sub-
stituo compręhendatur sub verbo instituo lat.
*Soci.inf de vulg.in l.1 .col.2.Curt.C.de impub & alijs
in rubric. numero 10. Deci. C. de institu. & substi. in
rubr. Gallia. infra in. §. & quid si tantum nu-
mero 34.*

Sed contra, verbum substituo commune
est obliquum, & directum, instituo vero di-
rectum, ergo sub verbo instituo non com-
pręhenditur substituo, quia compræhen-
deretur maius sub minori, cùm totum
maius sit sua parte, vt in communibus ani-
mi conceptionibus, apud *Euclid. lib.1. & 7. Sol.*
quando verbum instituo capitur pro substituo,
ad directam semper refertur, nec differt ab in-
stitutione,nisi in conditione.

38 Sed quæro, quare ampliorem significatio-
nem habet verbum substituo, quàm instituo?
respon.instituo ad primum gradum refertur,in
quo non potest esse obliquatio,at,substituo ad
secundum vel vlteriorem, propter dictionem
sub, in quibus gradibus & directio potest esse,
& obliquatio: & ita explica. melius quàm per
39 dd.dictis locis. puto tamen, quòd hîc verbum
instituo propriè sumatur, non pro substituo,
dicit enim sic posse institui,si filius meus, &c.
& sic dicit,quòd instituatur conditionaliter in
secundo gradu, quod verbum substituo de se
solum id significat,ne ergo superfluat conditio,
stat instituo propriè, & quòd hic verbum insti-
stuo stet propriè apparet, quia substitutio pro-
priè est conditionalis institutio, vt in. ll. allega-
tis à Batto. sed Gallus loquitur de substitutio-
ne, ergo propriè loquitur de conditionali insti-
tutione,ergo verbum instituo,cum sit adiunctũ
conditioni,non impropriatur, item Gallus lo-
quitur de conditionali institutione in secundo
gradu, ergo significat substitutionem sine im-
propriatione, quod non animaduerisst docto-
res. sed quòd verbum instituo sumatur aliàs
pro substituo, probatur.*infra §. sequent.* vbi con-
40 ditio non fuit expressa,stat ergo in præsenti pro-
priè verbum instituo, vltra omnes, licet prę-
mittatur alia institutio secundum omnes.

Sed vult Bart.quòd etiam si expressa institu-
tio, non præmittatur in responso Galli,tamen
valet testamentum, quia licet filius pręteritus
sit,tamen cùm non sit iniuriosa præteritio ,cùm
si velit succedere præferatur nepoti ex volunta-
te testatoris, vt *infra de heredi. institut.in.l. si quis
ita instituatur hæres si legitimus.* & fac. *isto ti-
tul. in leg. si posthumus. in.§. quod vulgo.* & istam
partem tenet *Paul. & Salicet.* pro vt refert *For-
tun.col.25.* communis tamen Bar. opinio reijci-
tur ab scribentibus, circa quod notandum est,
quòd magis commun. dd.volunt, quòd ex di-
cta voluntate filius ab intestato videatur voca-
tus,non ex testamento,& idem in casu *d.l.si quis
ita hæres instituatur infra de hæred. institut.* vt vult
glo.inibi,& omnes hîc, *Soc.in.l.1.4.*nota. *infra de
vulgar.* vbi dd. quia positus est in conditione,
ideo non videtur institutus, vt *infra si quis omiss.
caus.testam.in.l.si quis sub conditio.& C.de pact.in.l.1.*

Et pro ista opinione contra Bartol. est text.
infra *in.§.in omnibus.* vbi text. inquit, In omni-
bus his speciebus illud obseruandum est, vt fi-
lius duntaxat qui est in potestate ex aliqua par-
te sit hæres institutus, nam frustra ex hæreda-
bitur post mortem suam.] nec valet suppletio
Bart. quòd requiritur institutio in illo text. sci-
licet saltim tacita, quæ ex dictis verbis induci-
tur ab intestato; quia si ista sufficeret, frustra
de institutione nos *Sceuola* admoneret, si
semper in verbis Galli ea insit, vt benè aduer-
tit *Iason.* licet non ita expressè *numero* 37. eum
tamen irridet *Lancelo.polit.*eum non percipiens 41
in materia vulga.substi. *numer.* 16. aliter soluit
*Paul.*quòd in. *d.§. in omnibus.* requiratur institu-
tio,nec sufficit exhæredatio, quia frustra,&c.
quasi ille text. ad excludendam exhæredatio-
nem venerit, non ad inducendam institutio-
nem,quia non requiritur expressa institutio,&
ita sufficit præteriri, non tamen exhæredari,
quia frustra, &c. & hæc est eius mens, licet ob-
scurè satis: sed hic intellectus non placet, quia
præteritionem improbat ibi text. distinguendo
inter filium & nepotem, & in nepote (inquit) 42
certè & pro nepote, quorum si liberi instituan-
tur, institutionem nunquam exigemus, quia
possunt præteriri. & sic est ibi text. expressus
quicquid fundat *Fortun. hic numero* 36. frustra
coniectando defuncti voluntatem qui in plu-
ribus apertè malè dicit, nec obst. text. *in. leg. si
posthumus in. §. quod vulgo supra allegat.* vbi filio
non fit iniuria, si potest in bonis præferri, nam
verum id est, si hoc ius ei ex testamento con-
ceditur,non si tantum ab intestato:item vt pre-
teritio non annullet, non sufficit, quòd non sit
iniuriosa, sed quòd commodi respectu fiat;
vt diximus; *supra eodem in.l.multi non nota.* item
contra Bar. allegatur text. *infra de vulg in.l. si quis
eum.in §.fin.*vbi expressè Bar. intellectu reiecto,
probatur hæc pars.

Item contra Bar. pro commu.facit ex substi- 43
tutione filij,qui necessario pręsupponit institu-
tionem, non tollitur præteritionis vitium, imo
omnia corruunt,vt in.*d.l.si quis eũ,in.§.fi.*ergo fal-
sum est sufficere verba hæc, si filius meus, &c.
nec obst.si dicatur, aliud esse fieri simpliciter
substitutioné,vt in casu d.§.fi. aliud sub his ver-
bis, si filius meus me viuo morietur, quia dico,
quoad validitaté testaméti, iure ciuili inspecto,
mors pręteriti nihil operatur,*su.eod.l.si filius qui in
potest.& inf.ti.1.in l. filio prat.*requiritur ergo instit.

48 specto, quia possumus dicere, Scęuolam non id
tantum respexisse, vt testamétum valeret, mor-
tuo filio, sed vt & eo viuo post mortem testato-
ris possit subsistere, quod non esset eo præte-
rito, vel exhæredato, eo casu, quo exhæredatio
frustra fit: sed licet hęc subtiliter dici videantur,
49 verius tamen puto, Scæuolam non habuisse ra-
tionem iuris prætorij, vt dicam in *dicto §. idem
credendum.* valeret igitur hîc testamentum se-
cundum consilium Galli, sine filij institutio-
ne, iure prætorio ex. *§. idem circa.* non autem ci-
uili.

Nec defendi poterit etiam iure prætorio tale
50 testamentum, ex eo capite, quod videatur insti-
tutus nepos eo casu, quo filius nollit hæredita-
tem, in qua specie filij approbatione firmatur,
secundum ius pretorium, testamentum, vt. *infra
titu. 1. in l. filio præterito.* quinimo à principio valet
51 si in eum casum, quo filius nollit hæreditatem,
conferatur institutio: argum. *de hæredi. institu. in.
l. in tempus.* quod rectè obseruauit *Cost. in dicto. §.
& quod si tantum pag.* 22. ad quod videtur text.
infra de manu. testam. in. l. si quis lecuples in fin. vbi
quando quis exprimit casum, in quo dispositio
sua valeret, quamuis id non expressisset, rectè
fecisse videtur, & legis præceptum obseruasse,
quia hęc omnia in specie Galli cessant, nam nó
expressit si filius meus hæreditatem noluerit,
sed si me viuo filius decesserit, quinimo si ob-
seruaretur prædicta forma, scilicet si filius meus
hęreditatem meam noluerit, institutio nepotis
posthumi non valeret, quia institueretur casu,
quo filius adhuc viueret, & sic esset posthumus
alienus, cùm hæreditas defertur, quem institue-
re ante Iustinianum non licebat de iure ciuili,
valeret tamen totum testamentum iure præto-
rio, extra consilium Galli, qui iure prætorio a-
lienus etiam posthumus institui potuit, vt in
prin. de bono. poss. ff. instit. at, nos nunc agimus, vt
testamétum quoad posthumum valeat iure ci-
uili, ad quod requiritur, quòd filius subducatur
de medio, viuo testatore, vt dicemus *infra §. seq.
contra Fortun.*

52 In specie tamen. *d. l. si quis ita hæres instituatur si
leguimus.* etiam si suus sit pręteritus, rectè tamen
iure pętorio testatum videri, cum Acost. quic-
quid alij teneant, vt per *Ias. numero* 44. in illa ta-
men specie, casus noluntatis non comprehen-
det casum impotentiæ, quia si comprehende-
retur, testamentum nullum esset pręterito fi-
lio, vt. *supra in. leg. si filius, qui in potestate.* cùm
eo casu reperitetur præteritus, per missa enim
præterito est in casu noluntatis, non impo-
tentiæ.

53 Nam finge ita testatum patrem familias, si
filius meus hæreditatem nolit, Titius hæres
esto, rectè iure prætorio testatur, sed pone
eum mori, testatore viuo, vel eo mortuo ante-
quam declaret, se nolle hæreditatem, testa-
menti, iure ciuili inspecto, mors pręteriti nihil
operatur. *supra eod. l. si filius qui in potestate. & infra
titu. 1. in, l. filio præterito.* requiritur ergo institutio
mentum nullum erit, quia in ea spegie præteri-
rio facta non succurrit ius prætorium, nec est
lex quæ hæc disponat, ius igitur generale ser-
uandum est, de quo. *supra eod. in dicta l. si filius qui
in potestate. & infra eodem. l. inter cætera.* valebit igi-
tur tale testamentum dum filius viuit: eo autem
mortuo rûpetur, quod & aliàs contingit, vt sup.
eod. in. l. filius à patre. secundum intell. recentiorũ,
& secundum meũ intell. & sic erit species satis
singul. in qua casus noluntatis non comprę-
hendet casum impotentiæ ex defectu potesta-
tis, disponentis in ea specie, hæc tamen omnia
intellige quæ circa. *d. l. si quis ita hæres instituatur.*
nisi legitimus qui successurus est ab intestato
post filium instituatur, tunc enim subueniret
ius prætorium in vita testatoris filio mortuo, vt
supra diximus per *l. posthumus in. §. idem circa infra
titu. 1.*

Posset tamen subtiliter defendi institutio-
nem ita conceptam, si filius meus hæreditatem
noluerit, Titium instituo, filio mortuo in vita
testantis iure prætorio, etiam si Titius sit ex-
traneus, & comprahendi casum impotentiæ,
nec deficere potestatem ex eo, quia testamen-
tum à principio valuit, instituto extraneo sub
conditione, si filius esse noluerit, & quamuis fi-
lius moriendo reperiatur præteritus, nam cum
moriatur viuo patre testante, iure prætorio fir- 54
matur testamentum. *infra titu. 1. in l. posthumus
præteritus in principio,* & licet in posthumo loqua-
tur tantum, & non habeat locum filio iam nato,
vt *supra in. l. si filius qui in potestate.* tamen id ex eo
contingit quia posthumo præterito testamen-
tum à principio valuit, ideo facilius defenditur,
at, filio iam nato præterito à principio nullum
testamentum est, ideo non confirmatur, in. *d. l.
si filius. supra in. l. 3. in. §. fin.* itaque si filio nato præ-
terito, daremus, testamentum ab initio valere,
sicut in specie nostra iure prætorio datur, insti-
tutione facta, si filius nolit, &c. dicemus, morte
filij testamentum confirmari, sicut morte post-
humi, qui postquam nascitur, filio qui non erat
posthumus comparatur. *supra in l. si à primo,* imo
fortius in specie nostra dicemus, in *d. l. posthumus*
in filio iam nato locum habere, quia in specie
illius text. mors posthumi præteriti firmat testa-
mentum, quod eius natiuitate fuit rescissum,
fortius igitur mors filij pręteriti prodetit testa- 55
mento, quod nullo tempore ruptum fuit, & ita
erit singul. intell. ad *dictam l. si posthumus.* & sing.
intell ad *dictam l. si quis ita hæres instituatur.* quod 56
fortè à nullo est consideratum, omitto quæ in
ista materia *Alcia. lib. 3. Paradox. in. c.* 8. quia omit-
tit primam partem textum *d. l. si posthumus.* in
qua versatur difficultas de qua agitur, & ita
vanus est eius intellectus, & loquitur
contra *legem tertiam de inius. rupt.* vbi iniustum
dicitur, in quo filius est præteritus testamen-
tum. 57.

Defenditur autem huiusmodi Galli conce-
ptio, non præcedentibus verbis institutionis iu-
re ciuili, si testator fuerit miles, secundũ Ange.

quod secundum vtrumque Imol. ex eo proce-
dit, quia licet in ea specie præteritus sit filius,
non tamen vitiatur testamentum, cùm vim ex-
hæredationis obtineat, vt. *C. de testamen. mili. in. l.*
sicut certi. & in. l. si cum vel in vtero. & licet talis taci-
ta exhæredatio nulla videatur, cum sub illis
verbis, si me viuo filius morietur, post mortem
fiat, vt *infra eod. in. §. in omnibus.* tamen ea annul-
lata, lex de alia valida prouidebit: quia vbicun-
que reperitur filius præteritus à milite, pro ex-
hæredatione habeatur præteritio, nam cum lex
eam exhæredationem producat, eo casu acci-
58 pienda est, quo fieri debeat, & possit, maximè
quia *dictus. §. in omnibus.* in milite non procedit,
cùm non requiratur confirmatio testamẽti per
aditionem, vt. *infra de testam. milit. in. l. si certatum.*
in. §. in eodem testamento, quinimo præteritio est
simplex, & ita non fit post mortem, licet institu-
tutio hęredis vel substitutio fiat in casum mor-
tis. & ita exhæredatio tacita pura est, licet do-
ctores non ita declarant.

Valebit ergo testamentum in milite, secun-
dum vtrumque Imol. quia filius exhæredatus
videtur, sed *Acost. in dicto §. & quid si tantum pag.* 11.
59 aliter obseruauit, *Angel. contra vtrumque Imol.* vt
ex eo talis conceptio valeat potius, quia vide-
tur filius institutus ex coniectura, quæ sufficit
ad institutionem in militis testamento, vt. *infra*
de testam. mili. in. l. 1. & ad hoc seruient, quæ im-
portunè *Fortun. col. 29. cum sequent.* mihi tamen
verius videtur in specie proposita, exhæreda-
tionem, non institutionem induci, vt nec in te-
stamento militis positus in conditione, de qua
tex. hîc loquitur, vocatus videatur, nam si in le-
gatis vel fideicommissis, in quibus sicut in mi-
litis institutione operatur sola coniectura, vt *de*
legat. 2. infra in. l. tum proponeretur. & not. *Acost. pag.*
9. in conditione positus non censetur vocatus,
vt not. *glos. infra de hered. institu. in. l. Lucius* & pro-
batur *C. de pact. in l. 1. & Ias. infra de vulg. in. l. si quis*
eum. in §. si. dicit commu. & notabiliter *Acost. in*
dicto §. & quid si tantum pag. 10. quo pacto in te-
stamento militis dicemus vocatum filiũ ex eo,
quòd sit in cõditione positus? si enim potis vo-
luntatem ex indictis verbis colligi, ergo in fi-
deicommissis videbitur in conditione positus,
vocatus, cum voluntas quælibet sufficiat, si ve-
ro aufers voluntatem, nec in militis testamento
sine voluntate dispositio admittetur, vt de *testa.*
milita. in. l. Diuus. & in. l. Lucius. licet enim in his
verbis, si filius meus me viuo, &c. non sit ani-
mus militis adimendi filio hæreditatem si vi-
uat, tamen nec videtur eum vocasse, alioqui &
moriens intestato miles hæredes videbitur le-
gitimos instituere, quibus hæreditatem adime-
re noluit, & sic nunquàm intestatus decederet,
item legando in codicillis non instituto hære-
de, videbitur legitimum instituere, quod fal-
sum est: cùm potius & tunc ab intestato succe-
dant, puto tamen quòd licet ex istis ver-
bis, nec in fideicommissis, nec in militis
testamento inducatur dispositio, tamen

si verba conciperentur secundum formam
legem si quis ita hęres instituatur, si legitimus,
puta si noluerit Titius, hoc do Sẽpronio, quod
eo casu ita interpretãda sit dispositio vt Titius,
si id velit, habere possit, quod eo pertinet, non
vt hoc semper videatur vocatus, sed ita demum
cum sine vocatione id habere non possit, in le-
gatis & alijs quibus sola coniectura est suffi-
ciens, nam si miles ita testetur, si legitimus, nol-
lit hæreditatem, Titium instituo, non operabi-
tur hæredis institutionem legitimi, sed solum
non ademptionem vt ab intestato succedat,
quia cùm verba conditionalia secundum pro-
priam naturam possint interpretari, vt non dis-
ponant, vt. *infra si quis omiss. caus. testam. in. l. si quis*
sub conditione. quare sine causa debent impro-
priari, *de legat. 2. in. l. non aliter*, at, si miles dicat, si
si Titius exterus nolit hæreditatem meam
Caium instituo, institutionem dicemus Titij 61
factam, ex militis voluntate, idemque in le-
gatis à pagano ita relictis, si Titius decem habe-
re nolit, ea dentur Sempronio, vt Titius ea pos- S[illegible]
sit vendicare, non obstat, quod positus in con- interpre-
ditione vocatus non videtur, vt supra dictum tio.
est, quia id verum est, cum personæ existentia
in conditione ponitur, aliud vero est quando
voluntas in conditione ponitur in specie *dicta l.*
si quis ita instituatur si legitimus. quia in milite &
in legatis inducitur dispositio, vbi aliàs id habe-
re non posset, vt dictum est, & ita clara est ratio
differentiæ inter verba hęc, si filius me viuo
morietur, Titium instituo, vel si nollit hæredi-
tatem Caius, eam Seio relinquo: quia in condi-
tionibus sumitur argumentum ex sensu con-
trario, *de condi. & demonst. in. l. quibus diebus. in. §.*
quidam Titio. summè igitur conditionis sensum
contrarium, si filius meus me viuo morietur, in-
stituo Caium, si non morietur, Caium non in-
stituo, hoc nihil tribuit filio, cùm & mors tertij
soleat poni pro conditione, vt. *infra de do. caus.*
mort. in. l. qui precio. & C. eodem titu. in. l. nec fratris.
item non sequitur, viuet, ergo habeat bona, sed
in ea conditione, si Titius nolit hanc domum,
lego eam Caio, conuertitur si Titius eam velit,
non do eam Caio, ergo tibi permitto velle,
& sic clara est coniectura, nam voluntas cum
effectu intelligitur, vt. ll. vulga. quæ omnia
nota, quia nihil horum inuenies tactum per
aliquem scribentium, & est valde notandum,
ad interpretationem dictæ. l. si quis sub condi-
tione.

Sed vtrum defendi possit huiusmodi testa- 62
mentum in specie Galli, sine expressa filij insti-
tutione, attento iure nouissimo. *l. C. de testam. in.*
l. hac consultissima. in. §. ex imperfecto. & C. fami. her-
cis. in. l. fin. quæstionis est, quam in specie ponit
Ang. hic, & Acost. dicit *eleganti sua repet. pagin.* 13.
in quo breuiter puto tenendum idem, quod
in militis testamento supra respondi: nam
par vtriusque videtur esse potestas patris te-
stantis inter liberos & militis, nec plus patri
concedendum puto, cum militi sit plenissima, 63

& libero concessa testandi potestas: vt. *infra de test. mili. in. l.* 1. ex quibus remanet expedita secunda principalis difficultas, in qua concludimus iure ciuili necessariam esse filij expressam institutionem in specie Galli, vt testamentum valeat. & ita erit optimum Galli consilium.

Ex hoc tex & supradictis clarè colligitur, quod filius positus in conditione non videtur vocatus, etiam si ex hoc quòd vocatus non sit, redderetur testamentum nullum, ex quo. dd. qui volunt ex coniecturis leuibus inferre, filios positos in conditione vocatos videri hallucinantur, quia nulla maior coniectura potest dari, vel ratio hoc inducendi, quàm vt conseruetur testamentum, id autem non inducitur ratione ineptitudinis verborum ad inducendam institutionem, quia conditio non patitur coniectura, ergo sine verbis induci non potest, vide de his coniecturis Iulium clarum *in. 3. part. tit. de testa in §. testamentum. q. 64. vel. 74. & Reueren. Episc. Segobien. in Rubr. vel in. c. Rainucius. de testam. in. §. 3. circa fi.* cum multis quos ipsi allegant, & vi. omnino quæ diximus in istis select. interpreta. supra in lib. .in. c. 1. in nu. 17. *Corne. cons. 74. vol. 2.* volunt, filios his positos in conditione, vocatos censeri, quod falsum est, nam si verba inepta ad hoc sunt, etiam millies dicta, non hoc operabuntur. & pro hoc induco tex. in. *l. hereditas ad Estacium supra de hered. insti.* quem tex. procedere nullus negabit, & si pluribus legatis Estacium grauasset, ideo dictum Cornei falsum est, à quo, & à cæteris consulentibus semper cauendum est, quia in his consiliis sunt aduocati, & affectione, & prætio adducti, plurima falsa, & sine ratione dicunt: vt partem suam tueantur, ideo solum his vice repertorij vtendum est, non vt opiniones eorum, sed solum rationes ponderentur, sed hodie adeo ignorantia inualuit, vt si aliquid ab aliquo scriptum reperiatur, tanquam si iurisconsultorum verba essent, discedere audeat nemo, nimirum, quia suam cognoscentes insciriam, cuiuslibet alterius scriptæ opinioni se subiiciunt. Ratio autem quare filij positi in conditione non videantur ad hæreditatem vocari, clara est, quia verba conditionis, vltra quod non ponunt, vt dictum est, non possunt plus importare, quam ad conditionis existentiam requiritur, sed ad conditionis existentiam si habuerit liberos, nihil pertinet sint hæredes, vel non, in. *l. filius familias. in. §. cum quis infra de leg. 1.* item quia vt supra diximus nu. 61. conditio non respicit bona, etiam si poneret, sed filiationem, ideo cum hæc inter se nihil commune habeant, non potest dici de filiatione ad vocationem hæreditatis inferri, quinimo & si diceretur, si sine filiis hæredibus decesserit, nihil hoc efficeret, vt filij vocati sint, quinimo maior voluntas ostenditur, vt hoc liberum sit, quia si necessum esset & restituere bona teneretur, ferè in conditione positum dici non posset, vt. *infra ad Trebel. per tot. in. l. cogi. & in. l. quia poterit. & per tot. in fi.* nam conditionum natura ea est, vt de re contingenti sint, non de re necessaria, vt, in. *l. cum ad præsens. si certum peta. supra iuncta. l. itaque.* ideo nec coniectura masculinitatis, quam vocant, videtur sufficere, vt si filius sine filiis masculis decesserit. nam neque filij masculi instituti videntur in ea specie, sed commu. dd. vt dicit. *Rip. in. l. centurio. nu.* 162. licet habeat maximam præsumptionem, quia sequeretur, quod si staret fœmina sola, substitutus intraret, si masculus excluderetur substitutus, si vero vterque masculus & fœmina nascerentur, fœmina subcederet cum masculo, & ita fœmina esset æqualis masculo, qua est potior substitutus quãdo est sola, cùm ab eo excludatur, & ita excluderetur fœmina à substituto, & substitutus à masculo, qui masculus non est potior fœmina, cum ambo concurrant, vt benè declarat *Bart. Soci. in cons. 116. in nu. 5. in lib. 3. & Deci. in consi.* 270. sed cùm verba sint debilia, cùm sint conditionalia, hæc coniectura non sufficit, vt filius masculus videatur institutus, cum in nostro tex. maior coniectura non sufficiat, quia etiam si sequatur, quòd testamentum sit nullum, si filius positus in conditione non sit institutus, hoc non sufficit, vt institutus videatur, ne verborum naturam mutetur, vt hic, & in. §. *in omnibus infra ead. l.* vt supra dictum est: & idem est quoad fideicommissum, licet facilius inducatur quàm institutio, & tamen verba conditionalia neque fideicommissum inducunt.

Nec placet alia coniectura, vt filius institutus videatur, si filiæ dotis nomine, vel alia ratione aliquid relinquatur: licet *Francisc. de Ripa in dicta. l. centurio. & R. D. Episcop. Segob. vbi supra* & alij per eos citati hanc coniecturam admittant, quæ non sufficit, cum coniectura legati non possit institutionem inducere, vt *in dicta l. hereditas ad Estacium infra de hered. instit.* & ex his possumus respondere ad omnia deducta per dd. Socin. & alios supra allegatos, quia quod ipsi respondent, quòd vbi viget statutum, quòd stantibus masculis filiæ fœminæ non succedant, ibi nihil faciat coniectura masculinitatis, quòd etiam ab intestato fœmina excludatur hoc non sufficit, quia ego dico, quòd etiam vbi non viget tale statutum idem est, item quia successio ab intestato nihil efficit, vbi agimus de successione testameritaria: sed non est opus ingredi istas difficultates, quia licet sit coniectura, deficiunt tamen verba ad institutionem.

Eadem ratione placere non potest opinio Reu. Epis. Segob. qui æquitate quadam motus, arbitratur, licet ex dictis verbis institutio non inducatur, ea tamen operari, vt ab intestato fœmina ex mente testatoris excludatur, hoc enim defendi non potest, si enim ab intestato succeditur, quomodo ex testamento, quod nullum est, poterit mutari ordo successionis ab intestato? quid enim potest mens testatoris testamentaria, eius destituto testamento? alioqui partim testatus, partim intestatus decessisse diceretur testator: facit tex. *in. §. ex eo autem solo. instit. quib.*

mod. testam. instr. & *tex. in l. militis codicillis. in. §. veteranus moriens. infra de milita. testa.*

Vna sola coniectura sufficit, vt filius positus in conditione per fideicommissum vocatus videatur, si testator iubeat, vt bona perpetuo remaneant in familia, quia hæc verba fideicommissum inducunt, & efficiunt id reale, & perpetuum etiam si prius esset personale, vt est tex. vbi not. *Bart. in l. pater filium. in. §. fundum. infra de lega.* 3. in quo si verba dispositiuè, vt fundus de nomine nunquam exiret, essent concepta, fideicommissum perpetuum esset inductum, de quo alibi dicemus, vt redeamus ad Galli responsum.

Oppositio difficilis.

Et oppo. quod Gallus non bene consuluerit nam ipse hoc cauit, vt ex posthumi præteriti natiuitate testamentum non rumpatur, *vt infra in. §. idem credendum.* quod & lex Velleia intendit, vt *infra in. §. quid si is.* sed quamuis non obseruetur
65 Galli consilium, natiuitas posthumi præteriti non rumpit testamẽtum, ergo non consequitur votum suum Gallus, qui hoc respexit, vt posthumus non rumperet testamentum: finge enim ita conceptam institutionẽ, Filium meum hæredem instituo, nulla posthumi facta mentione, contingit filium viuo patre decedere nepotémque eo mortuo nasci, certè posthumus non rumpet testamentum iam morte filij, nondum sibi hæreditate delata destitutum, vt *infra titu. proximo, in l. nam & si sub conditione. in. §. rumpendo.* quod sentiens Bald. in hac lege in tertia oppo. respondet, quòd necessariò text. iste debet intelligi, quando filius fuit institutus adiuncto sibi cohærede, quod & probauit *Angel. infra in. § in omnibus*, sed hoc non placet *Ioan. de Imol. nec Alexand. num. 6. in fi. & 7.* quos sequitur *Iass. numer.* 73. nam si dispositio Galli intelligeretur extraneo admixto, non improbaretur à *Scæuola infra in. § in omnibus.* exhæredatio, tanquàm sine effectu, quòd alicuius aditione confirmari non possit, vt ibidem, & *supra in. l si ita scriptum. in. § si.* cum extraneo admixto, exhæredatio ita concepta valeret, exhæredo filium meum, Titiumque hæredem instituo, & si filius meus me viuo morietur, tunc si quis mihi nepos ex eo, *&c. hæredem instituo, vt supra eod. l. filius à patre. secundo responso, & infra de conditio. insti. in. l. fi. in fi.* Gallus ergo in solo filio instituto loquitur, & ita Galli responsum accepit *Scæuola in dicto. §. in omnibus. in hoc Iass. in d. nume. & Acost. in pag. 7. in dicto. §. & quid si tantum.* fatentur intelligi nostrum textum solo filio hærede instituto, sed in eo casu, quo cum nepote, scilicet alius fuit substitutus, quod non minus habet diuinationis, licet in ea specie cesset inconueniens, qui oritur ex *dicto §. in omnibus, Acost.* autem eam speciem admittit, qua filius habet cohæredem, institutúsque sit in parte, vel sit expreisè vel tacitè exhæredatus, quod ex ipso *Scæuola* probat *d. § in omnibus.* sed hęc non expediunt difficultatem, cum exhæredationem frustra fieri Scæuola fateatur in specie Galli, ideo mihi melius explicari posse videtur ex *Bal. in dicto. §. in omnibus. ex Imol. Commen. Alexan. &* 66
Iass. qui sentiunt quòd prouisio Galli fuit principaliter inducta, vt posthumus nepos institui possit, & ne testator ex eo, quia eum instituere non possit, intestatus decederet defectu hæredis, vt *infra de lega. 1. in. l. pe.* vel si ei non deficeret, ne ex natiuitate præteriti rumperetur, quod quibus casibus contingat ad Gallum non pertinet, sufficitque, viam eum inuenisse, qua posthumus institui possit, alia autem validitas testamenti ad eum non pertinet. fingendus est igitur casus si velimus vt non rumpat, quo validitas testamenti detur quæ erit filio instituto, vel exhæredato cohærede sibi adiuncto, vel filio mortuo, vt alius quàm posthumus substitutus sit hæres, ne non raro fortè posthumo destituatur testamentum, qui casus, licet ex Galli responso inducantur, ad Galli interpretationem non pertinent, qui de potestate instituendi posthumum loquitur, licet vt sequela ex Gallo deducantur, & ita videtur expedita hæc difficultas, quæ satis videbatur vrgere: denique in specie propria cauit, vt testamentum, quod quis inter suos condere velit non destituatur, neque rumpatur. cuius exemplo ne etiam destituatur deficientibus suis, quis cauere poterit, sibi extraneum hæredem asciscendo.

Oppo. vlterius inquit Gallus, posthumum sic posse institui, si filius meus, &c. quasi si eo viuo nepos nasceretur, institui non possit, & tamen potest *infra eod. §. nunc de l. Velleia* Solut. secundum glos. verum est, per l. Velleiam, ante eam enim non id inductum est, sed his obiicit *Bart.* quòd prouisio vel dispositio, quæ loquitur certò casu trahatur ad alium, vt. ll. per eum allegatis: sed ipsemet respondet, quòd verum est, vbi testator in vtrunque casum disponere potest, at hic non potuit ante legem Velleiam, sed notandum est Bartol. in hac solutione fal- 67
sum esse quadam fallacia, nam oppositio sua ad hoc tendit, quare dispositio Galli, quæ loquitur in casum mortis, in quo casu permittit institutionem, non trahatur ad casum vitæ. id est, quãdo posthumus testatore viuo nascitur, & sic cùm æqualis fuerit vtraque specie Galli potestas, quare responsum eius, loquens in vno casu, non trahitur ad alium? Sol. autem Bartoli respicit testatoris potestatem, vel eius defectum, de qua nunc non agimus. Nota tamen ex eo, post glo. quòd ante legem Velleiam ex consilio 68
Galli, non poterat posthumus qui nascitur in vita aui, hęres institui, sed contra hoc insurgit *Ias. 12 col. numero. 56.* nam & 12. tabularum iure, permissum est, nam si nascitur in vita testantis, non est propriè posthumus, nec inter personas incertas connumeratur, ideo iure ordinario institui potest, vt. *C. de hæred. institu. in. l. extraneum.* cùm sit in rerum natura, purè & simpliciter institui potest, sed aduertendum est cum *Fortu. col.* 35. quia errat *Ias. Bartol.* enim non negat, huius- 69
modi natum institui nunc posse, sed negat, testamentum, quo fuit institutus antequàm nasceretur.

Error Bart.

sceretur valere, cùm tempore testamenti fuerit posthumus alienus, nec adhuc in rerum natura existeret, & ideo incapax tempore testamenti esset, quis enim dubitaret, si post eius natiuitatem de nouo fieret testamentum, eum instituēdo, an valeret, imo l. Velleia in ea specie inutilis esset, quoad difficultatem tamen dicendum est, vt supra dixi, quòd nec Gallus, neque Velleius aliquid de nouo inducant, sed quia mentem legis 12. tabulatum enucleauit, Gallo id tribuitur, qui cum speciem fingeret in casum mortis, ne sicut legi antiquæ, mentem eius non assecuti, verbis eius hæreremus, fingit aliam speciem lex Velleia, vt verba Galli exemplum esse ostenderet, & ad similitudinem Galli mentem legis 12. tabularum, in alia specie ostendit, quod & alij fecerunt, quorum responsa *Scæuola* ordi-

70 nat. & declarat, & errat *Fortun.* qui asseuerat æquitatem, quæ in Galli Aquilij responso versatur, in. l. Velleia cessare, ea ratione, quia cum in specie Velleiæ nepos nascatur viuo testatore, iure communi, sibi testator cauere poterit, eum instituendo, rumpat igitur, qui institui potest, si à patre non instituatur mutato testamēto, cùm in culpa pater fuerit, vt in *l. 3. C. de inoffic. testamēt.* a, in specie Galli, si posthumus non potuisset instirui, testamentum rumperetur, & pœnam sine culpa testator pateretur, sed errat Fortun. cum eadem ratio in vtroque casu versetur, si testamenti tempus inspicias, & iniquum sit, eius testamentum, qui omisit nepotem, quem instituere non poterat eo tempore quo testatus est, eius agnatione rumpi: nec considerandum est, eum posse id eundem de nouo, condendo testamentum, nam & omnia in conuenientia, etiam defunctus vitare, etiam in specie Galli potest, si vellet intestatus decedere, præterea pœnam esse rumpi testamentum, licet aliud de nouo cōstitui possit, certum est, item sicut in specie Galli versatur ratio. *l. in tempus. infra de hæredi. institu.*

71 ita in specie legis Velleiæ, ergo eadem ratione, tam in specie Galli, quàm in specie legis Velleiæ valere debet testamentum, cum fuerit ratio antiqua ante Gallum & Velleium, vt supra diximus, quam rationem, ad Galli interpretationem secutus est *ipsimet Fort. suprà*, in omni re sibi malè constans, fortunatior nomine, & in-

72 genij acumine, quàm iudicio.

Contra Bart. Vlterius oppo. Bar. de text. C. eod. l. fi. vbi institutio facta in vnum casum trahitur ad alium, & concepta in speciem mortis trahitur ad speciem vitæ, quare ergo non idem in specie Galli dicetur? mihi videtur, quòd hæc oppositio malè sit concepta, & eandem fallaciam, quam supra diximus continet, quia hic quærimus, an, & quando posthumus institui possit, non vtrum testator id velit, vt vtroque casu, scilicet quando posthumus, vel in vita, vel post mortem testatoris nascitur, eius testamentum interpretemur, de quo text. in *dicta. l. fi.* tractat, præmissa verò potentia, qualis secundum. dd. à Gallo cum Velleio est inducta, vel secundum nos est detecta, & ostensa, intrat tex. *in dict. l. fi. & supra eod. in l. Titius. in. §. Lucius. & in. l. commodissimè.* ex quibus, secundum distinctionem doctorum, dicemus institutionem conceptam verbis Galli tra- 73 hi ad casum legis Velleiæ, de qua distinctione dicemus *infra, in. §. & quid si tantum*, at, cum ante Velleium potestas in vtroque casu non fuerit satis intellecta, frustra formatur hæc oppositio à Bar. quæ voluntatem respicit.

His explicitis, ad Quæstiones transeamus, & 74 quærit Bart. circa legem nostram, quæ de decem mensibus loquitur, an dies mortis in eo tempore computetur, & tenet post glo. quòd sic, ego puto, in temporis ratione considerandam mariti valetudinem, an his diebus generare potuerit, quia agimus, vtrum eius filius reputetur, vel non, in quo admittitur coniectura, & probatio, *vt supra de his qui sunt sui, vel alien. iur. in. l. filium eum.* cum his quæ lat. *Petrus Paul. Paris. consil. 29 per tot. lib. 2.* licet in materia. *l. sed est quæsitum. & in. l. placet. supra eod.* vbi dixi, hæc non attenderentur.

Quærit vlterius Bart. si nascatur post duos 75 dies, vltra prædictos decem menses, an sit legitimus censendus, & ipse post glos. probat partem affirmatiuam, idem *ipse Bart. supra de stat. hominum in. l. septimo mense. Socin hic fi. col. Fortun. 41. col. nume. 82. alij, vt Bald. & Alexan. hic* probant contrariam sententiam, certè Bart. relinquit hoc medicis, sed iure consulti, qui in hoc medicos consuluerunt, & exactè hoc perpenderunt, de decem mensibus loquuntur, sed vide tex. *in aut. de restitutio, & ea quæ parit in. 11. mens.* & *l. 24. in. 23. parti. 4.*

Vlterius quærit Bart. finge mulierem statim 76 mortuo viro contraxisse matrimonium, traductamque esse ad domum viri, peperissèque nono mense à morte viri, cuius filius iudicabitur, cùm tempora vtrique viro possint conuenite, in hoc Bar. refert quosdam dicere, inspiciendum esse cuius domo nascatur, vt. *C. de nupti. in. l. si vicinis scientibus*: sed hoc nihil est, cùm magis conceptionis tempus consideretur, quàm partus, quia vbi finis infertur, ex initio necessatio inspicitur initium, *vt supra qui potior in pigno. habe. in. l. 1. & in. l. qui potior & in. l. qui Valneum.* & tamen vterque potuit esse causa initij & conceptionis, & in vtriusque domo habitauit mulier eo tempore quo partus concipi potuit, alij autem voluerunt dicto matris standum, arg. *supra de proba. in. l. etiam*, sed Bart. contra, quia mater falli potest, *vt supra de libe. agnos. in. l. 1. in. §. si mulier.* iunct. glos. *& si vent. nomi. mul. infra in. l. 1. in §. per calumniam.* vbi mulier potest cogitare se prægnantem cùm non sit, item potest fallere, vt alterius mariti filius in bonis succedat, item vt secundo complaceat, & faciunt quæ *Fortun. col.* 77 42. sed ego puto dictū matris afferre magnum præiudicium in tanto dubio, & re tam improbabili, nisi vtilitate euidenti hæreditatis opulentæ reiiciatur vel affectione, vt. *C. de testi. in. l. omnibus*, alij volunt ex lineamentis rem perpendi, &

cti,& vt eius filius censeatur, quem similitudine
refert vel effingit, quod *Bar.* improbat, quia i-
maginatio tempore conceptionis operatur si-
militudinem, vel difformitatem, vt. *infra de ver-
bo.significa.in. l. quaret aliquis.* quod si primum re-
ferat, non videtur verisimile esse ex cogitatio-
ne procedere, sed ex natura, si verò secundum
fortè de eo cogitabat, quem in mariti vita dile-
xisse videtur, cum tacito conuenerit in eum, ar-
gum. C. *de adulte. in. l. si qui adulterij.* Sed dubium
non est dictam præsumptionem aliquid adii-
cere, cùm regulariter natura filios producat si-
miles parentibus, & hoc naturale est, aliud ac-
cidens inducit, quod nisi appareat fingendum
non est, item secundum Bart. attendenda est
consuetudo mulieris, quo tempore parere so-
let, item eius purgatio vel mẽstruum, denique
medici arbitrabuntur secundum eum cum quo
est mag. commu. opin. vt per *Alexan. in fi. & Gal-
liam. nu.* 41. & ex his omnibus & matris assertio-
78 ne iudex arbitrabitur, quam enim probatio fi-
dem faciat, dependet ex solo iudicis arbitrio, vt
*supra de testib. in. l. 3. in vers. tu magis scire potes, & ex-
trau. de re iudi. in. c. causamque.* & est commu. opi.
secundum *Deci. consil.* 650. & 510. quem vide *cons.*
647. & *Petrum Paul. Paris. consi* 88. *num.* 52. *vol.* 3.
79 Sed quæro cuius hæreditatem petere pote-
rit, an vtriusque vel ab vtraque excludatur, in
hoc. DD. *extrau. de præsumpt. c. afferte. & Aret. hic circa
fi.* vanè loquuntur, aliqui enim probant vtran-
que obtinere posse, maximè si possideat, tum
contraria excipiẽdo deducere possit, filius, nũc
istius se filium, nunc illius asseuerando, vt *infra
de excep. in. l. nemo.* item si non possideat, contra
diuersos, potest aduersis remediis vti. *supra de
inoffic. testa. in. l. circa. cum alus*, ego vero probare
80 non possum, agendo nec excipiendo, posse am-
borum hæreditates persequi, ea sola ratione,
quia licet diuersis vel contrariis exceptionibus
actionibus vti quis possit, secundum supra di-
cta, id tamen verum non est, si causa præiudi-
cialis existat, qualis est filiationis causa, in qua
sententia facit ius quoad omnes, vt *supra de liber.
agnosc. in. l. 1. in fi. cum seq.* nec putes ex sola sentẽ-
tia fieri præiudicium, sed ex omnibus actis iudi-
cialibus, nam quibus præiudicat sententia, præ-
iudicant & acta iudicialia, vt *supra de iure iuran. in
l. sed & si possessori. in. § cum de hæreditate. cum. l. sequẽt.*
not. *Bar. infra iudica. sol. in. l. cum lite mortua.* fac. tex.
C. *de libera. cau*s. *in. l. fi.* si igitur vnius hæreditatem
filius vendicet, alterius nec agendo, nec exci-
piendo hæreditatem obtinere poterit, cuius au-
tem hæreditatem consequi possit ex probatio-
nibus, quas induxerit, & dictis præsumptioni-
bus perpendetur, nisi fortè respondeatur, ideo
sententiam aliæ non facere præiudicium, quia
licet sit causa præiudicialis filiationis, non ta-
men de ea principaliter sed incidenter cogni-
tum fuit, ideo cogitandum est, sed magis placet
vt omnino repellatur, qua enim fronte non
plenè neque principaliter cognitum allegauit,
qui ex illa quasi quasi cognitione sententiam
obtinuit, cùm, vt inquit *Vlpianus in. l. si seruus plu-
rium. in. §. 1. infra de leg. 1.* ius faciat hæc pronun-
ciatio quod attinet ad ipsius personam, & infra
nec enim tam improbè causari potest secũdum
se iudicatum per gratiam vel ex non veris pro-
bationibus quas ipse induxit,] hoc enim tunc
demum causari posset si non pro se esset iudi-
catum.
Vltimo loco notant recentiores ex nostro 81
tex. ibi, siueque neptis, quod masculinum non
concipit fœmininum, alioqui verba tex. Super-
fluerent, sed errant, quia elegantius fit hæc in-
culcatio verborum, & maioris declarationis
causa ponuntur hæc simul, quinimo si rectè
perpendatur, hîc probatur contrarium, quod 82
masculinum concipiat fœmininum: in regula
enim vel propositione ponitur masculinum
tantum ibi, posthumos nepotes, &c. in exem-
plo vero ponitur diuisim vtrunque genus ma-
sculinum & fœmininum, ergo masculinum
comprehendit vtrunque genus, exemplum
enim non adiicit regulæ, vt ll. vulgaris. Alia plu-
ra circa nostrum tex. cumulaut recẽtiores, quo-
rum bona pars extra propositum versatur, ideo
locis suis ea relinquimus examinanda, cum
nulla possit huic tex. difficillimo obiici opposi-
tio, cui ex supradictis non sit factum satis.

SVMMARIVM.

Ex. §. quidam rectè.

1 *Vtrum Gallus reprehendatur à Scæuola.*
2 *Si Gallus omitteret aliquid ex eis quæ posuit debe-
ret reprehendi.*
3 *Si Gallus ponit formam, ex verbo sit inducit.*
4 *An Scæuola mereatur reprehendi.*
5 *Scæuola mentionem mortis excusat, non ipsam mor-
tem.*
6 *Institutio de filio & nepote an censeatur ordine
successiuo.*
7 *Intell. l. codicillis. in. § institutio. de lega. 1. quæ noui-
ter explicatur.*
8 *Intellect. l. si stipulatus, de vsur.*
9 *Affectio sola non est tanta, vt coniuncta interpreta-
tur ordine affectionis.*
10 *Intell. l. generaliter, C. de institu.*
11 *Vtrum sit differentia inter copulam & & copu-
lam cum, simul, & vnà.*
12 *Si in specie nostri text adiiceretur dictio cum, vi-
tiosa esset institutio nepotis.*
13 *An in nomine collectiuo insit successionis ordo.*
14 *Vbi attenditur ordo successionis, vtrum directè, vel
obliquè succedatur.*
15 *Verbum institutio si pro substitutio ponatur, semper est
directum.*
16 *Malè inducitur hic tex. per Bar.*
17 *Vbi vocatur familia, omnes simul veniunt, contra
omnes.*
18 *Nisi vbi fideicommissum perpetuum est.*
19 *Noua interpretatio. l. mulieri cum liberis.*
20 *Si vna determinatio respiciat plura, quando vni-
formiter determinat.*
21 *Nouus sensus Fortun. ad istam. l.*
22 *Gallus Aquilius etiam in casum non necessarium
disposuit, secundum Fortun. sed malè, vt infra.
nu. 24.*

23 Fort.

23 *Fort. loquitur contra omnes ferè §§ huius l.*
24 *Gallus sola nec statim causa institutionem fieri posse ostendit.*
25 *Noua interpretatio. l. pe. delega. 1.*
26 *Fortunius malè sibi constans.*
27 *In contractibus, an copula successionis iure interpretetur.*
28 *Quid in immunitate concessa.*
29 *Nouus sensus l. 1. de priuil. eo. qui in sacr. pala. mil. lib. 12.*
30 *Agitur de quæstione Bar. supra libellis iudicialibus.*

QVidam rectè admittendum credunt, etiam si non exprimar de morte filij, sed simpliciter instituar, vt eo casu valeat, qui ex verbis con-
1 cipi possit.] Institutio per Gallum inducta valet, etiam si non fiat mentio in ea de filij morte, hoc dicit, & hic ponitur repræhensio prima Scæuolæ, quia superfluunt verba Galli, secundum glo. & dd. sed errant in hoc ex pluribus capitibus, & sibi ipsis contradicunt, nam si Galli responsum esse legem nouam fatentur, nouum est legem à consulto repræhendi, vt de *iure natu. gent. & ciui. in § responsa.* fac. 4. *dist. c. erit autem lex. in fi.* item si Gallus reprænhenditur à Scæuola, frustra quærunt, vtrum Galli verba inducant formam, ita vt ab eis recedere non liceat, & sic de filij morte sit facienda mentio, cùm verba Galli sint conditionalia; & sic formalia si filius, &c. certè ipsi reprænhendendi sunt, quia si Galli formula reprænhenditur, frustra eius verba attenderentur, dicendum est er-
2 go Gallum Aquilium à Scæuola non reprehendi, sed declarari; qui si aliquid ex dictis verbis omitteret, reprænhendendus esset, nam posthumus alienus nullo ciuili iure institui potuit tempore nostræ legis nisi in eum casum instituatur, qui suus futurus sit, quod etiam nepoti de quo Gallus loquitur continget, ita demum, si viuo testatore filius subducatur de medio, morte vel ciuili vel naturali, quod nisi, in verbis Galli expressum esset; quo pacto constaret, vtrum Gallus nepotem cum patre admisetit vel eo demum defuncto? si enim Gallus ita dixisset, filium meum, & nepotem ex eo, qui infra. 10. menses proximos mortis meç natus fuerit instituo, eius mens non rectè perciperetur, imo sic accipiendus esset, vt vtrunque simul instituere permiserit, vbi verò ex verbis Galli iam constat nepotem cum filio hęredem institui non posse in simul, sed ordine successionis, benè infert *Scæuola* quòd etiam si verba copulam notent, simulque instituantur, vt intentio testatoris secundum legem iudicetur, quę ex verbis Galli clara est, in disiunctam successionis ordine attento resoluentur: necessario secundum Scęuolæ interpretationem, erraret autem Gallus si aliquid ex his, quę possint, omisisset, & antequam de sensu legis constaret ad dubiam testatoris dispositionem transisset, rem difficilem difficilius inuoluendo obscuris, & dubiis verbis, reprænhendi ergo iure non potest, qui si aliter cauisset, merito reprænhenderetur, verba igitur Galli formam inducunt, vt aliter nepos institui non possit, nisi filio subducto de medio: forma autem hæc inducitur ex illis verbis, sic posse, non ex illis, si filius meus, &c. quia verba testatoria sunt exemplum intentionis Galli; quicquid. dd. perperam dicant, & *Fortun.* inuoluat. 2. *col.* inducitur ergo forma vt etiam si testator in simul eos succedere velit non possit, quia contra Galli formam, quæ ex eius verbis colligitur id esset, verba autem Galli exempli causa poni *Scæuola* indicat, eum ab his recedere posse ostendat, facit *infra de vi, & vi arma in l. 1. in §. quod vulgo. & de damn. infect. in l. damn. 2. in fi.* & hoc agit *Scæuola in tota l.* vt ostendat Aquilij sensum hunc esse, vt nepos possit institui, requiri, vt subducto filio suus efficiatur nepos, in eum ergo casum Gallus institutionem posthumi nepotis permisit, qui contingit, si testatore viuo filius moriatur, quod & Scæuola probat, qui etiam vult casum mortis intelligi, etiam si non exprimatur, quia alio casu non possit fieri institutio, vt Gallus sensit.

Fingitur autem secundum Scæuolæ declarationem species siue casus huius. §. quinque modis per glo. *in præsenti, & Bar. & à dd.* quod in quinto exemplo Bar. est corruptus, vt patet ex glo. nostra, quam ipse refert, si enim diceret filium nepotémque ex eo substituo, indubitabilis esset casus, quia debet suppleri verbum instituo: vt *infra de hæredi. instit. in l. 1.* fac. *C. de fideicommiss. in lege verbum volo.* quod magis in filio, quàm in nepote dicendum est, ne turbetur legis & naturæ ordinatio, vt *infra eod. in l. inter cætera & supra de inoffic. testamen. in l. nam & si parentibus.* ex his autem omnibus speciebus notandum est, quòd dispositio testatoris in plures collata simpliciter vel copulatè, si secundum iuris dispositionem non potest valere nisi ordine successiuo, copula in disiunctam conuertitur, & secundum successionem ordinatur dispositio, valet igitur talis dispositio, filium nepotémque meum, qui me mortuo infra decem menses natus fuerit, hæredes instituo, vt filius institutus, nepos substitutus videatur eo casu, quo filius moriatur, etiam si de eius morte mentio facta non fuerit.

Sed oppo. contra hæc *Iass. col. 1.* quòd Scæuola malè prouideat & omiserit casum, quo disponere debuerit eadem ratione, nam sicut disposuit valere dispositionem, non facta mentione de morte filij; eodem modo debuerit statuere etiam si de morte testatoris mentio facta non sit, vt in eum casum valeat dispositio, qui ex verbis concipi possit, denique vtriusque mors eadem ratione potest retineri: malè ergo *Scæuola* de vna disposuit: sed ad hæc *Iass.* respondet, quòd testantis mors omitti non potest in specie Galli, quam Scæuola interpretatur: Gallus enim solus dispensat in nepote

nato

nato post aui mortem, cùm ergo ante Velleium mors aui sit necessaria, ante nepotis natiuitatem omitti non potuit, nec de ea *Scæuola* se intromittit. Sed hęc sol. *Iass.* satis læuis est, nec digna tanto viro, nos enim non agimus vtrum mors necessaria sit, vel non, sed vtrum eius mén-

Contra Iasso.

5 tio omitti possit, & subintelligatur, alioqui malè *Scæuola* omitteret mortem filij, quæ in tota lege ciuiliter vel naturaliter necessaria est, licet igitur in Gallo & Velleio sit necessaria mors filij, antequàm nepos nascatur, non tamen requiritur mortis ipsius commemoratio, quia & si omittatur is casus, habetur pro expresso, quæ omnia & in aui morte locum habent, ea ratione qua Scæuola inquit, mentionem mortis filij omitti posse, quin imo si teneremus quod vult *Ias.* ante Velleium non posse institui nepotem natum in vita, ergo poterit omitti mentio mortis, cum is solus sit casus, quo nepos institui potest, vt in eum casum videatur facta dispositio, &c. potest igitur omitti mentio mortis aui, quod si fiat ante Velleium, cùm lex non esset qua vulgo existimaretur, natum in vita, admitti posse videbitur natus post mortem vocatus, licet si rectè in le. 12. tabularum intelligeretur, posset & natus in vita admitti, vt diximus. *supra in princip. legis*, hodie verò expressum est, vtroque tempore natum admitti posse, altero autem ex lege Velleia, quare igitur Scæuola & mentionem mortis aui non excusauit? respondeo, quia intempestiuè, si hoc faceret, ingrederetur legem Velleiam, antequàm Galli interpretationem peragere, sicut de Gallo diximus, qui malè omitteret mortem filij: item Scæuola excusat mortis filij mentionem, vbi etiam si ominatur, à lege suppletur, quia alio casu non valet dispositio, at, si omittatur mors aui quoad nepotis natiuitatem, non est opus vt suppleatur, cum vtroque casu valeat dispositio, altero ex interpretatione Galli, altero ex lege Velleia, & vtroque ex mente. l. 12. tabularum, ideo rectè hoc omisit Scæuola, & ita intellige explosa solu. Iass. ratione igitur necessitatis, vt dispositio valeat, si facta sit simpliciter, refertur ad certum, & determinatum casum, sic *infra de fundo instruct. qua lega. in l. fundus qui locatus & supra isto titulo in lege secunda cum multis simlib: ibi deductis.*

Sed quid cessante prædicta necessitate vt cessat hodie, cum posthumus alienus institui possit, & sic posthumus nepos, etiam si pater eius non subducatur de medio vocari potest, vel iure isto, si fingas nepotem iam natum v-
6 trum si prædicto modo fiat dispositio scilicet filium & nepotem ex eo hæredes instituo, an videatur vocatus pater cum filio, vel post eum ordine successionis Bart. & alij plures hîc probant successionis ordinem obseruasse videri, sed mihi verius videtur dicendum cum *Iacobo de Aren.* quocunque modo interpretetur dispositio, omnia bona pertinere ad patrem eundémque testatoris filium, etiam si nepos admittatur, cum profectitia bona sint, in quibus nihil est immutatum, vt notat. *Codice qui admitt. in lege prima:* quantum verò ad successionis rigorem & vim verborum attinet, necessario dicendum est, eos in simul fuisse vocatos, nam & pro hoc est tex. *sup. de vsufruct. accres. in lege mulieri cum liberis.* quem dd. allegant, nec est tex. qui contrarium probet, nec enim in successione ex testamento aliquis versatur ordo, relicta legitima quibus debetur, id est filio in parte aliqua instituto, vt *infra in §. in omnibus.* nec me mouerit quòd versetur necessitas in instituendo filio, & substituendo nepote ne rumpatur testamentum, quia cum verba hoc significent etiam vltra necessitatis casum disposuisse videtur, alioqui instituto filio, & extraneo, filius sola legitima institutus videretur, vt ad solam necessitatis speciem dispositio referatur, vel filius solus dicitur institutus, exterus verò substitutus secundum Fortunium: quod nemo dixerit, quia necessitas instituendi filium, versatur, ne eius prætentione, nullum sit testamentum, item substituendi extranei ne filij morte destitueretur, sed hoc vitari potest, cum iam voluntarium casum extraneum instituendo aggressus fuerit testator, nihilominus tamen non ad solam necessitatis speciem dispositio est restringenda, sed generaliter ad ea omnia, quæ verbis comprehendi possunt est adaptanda: tenendum est igitur, quòd vbi nepos institui non potest nisi ordine successionis seruato, vt in specie Galli, institutus simpliciter cum filio videtur institutus ordine successiuo, vt hic,
& concordant in hoc omnes, *Bar. & alij post Iacob. de Aren.* & probatur *infra de stipula. seruo. in lege si communis seruus meus*, si autem vterque institui possint, vel quia iam erat natus nepos, vel iure nouissimo, in ventre inclusus, tunc quia institutio filij est necessaria, & nepotis substitutio etiam ne testamentum rumpatur, si filius subducetur de medio, institutio vtriusque simpliciter facta ordine successionis, secundum Bar. & alios: sed verius est vtrumque simul vocatum simulque succedere. 7

Et pro ista parte, vt nepos cum filio in simul institutus videatur, & pro *Iacob. de Aren.* alleg. hic *Imol.* tex. *infra de lega. 2. in lege codicillis, in §. instituto.* vbi si quis filium, nepotémque instituat hæredes, nepotes cum filio simul admittuntur, ergo non de filio & nepotibus ordine successiuo videtur institutio facta, inquit enim tex. instituto filio hærede, & ex eo nepotibus emancipatis ita testator cauit, &c.] in quo tex. manifestè apparet filius pro parte non in solidum esse hæredem, & ita simul nepotes non ordine successiuo succedere, nec placet quod illi tex. respondet *Alex. hic* quod ibidem ideo simul videntur instituti, quia testator eos cohæredes in eodem testamento appellauit ibi cohæredi suo, nam ibi erant plures nepotes, ideo ambiguum est verbum nam ipsi inter se

cohæredes potuit appellare, etiam si solum es-
sent substituti, item referendo etiam commu-
niter ad filium, etiam & hoc probat intentio-
nem nostram, quia institutio ex primis verbis
fuit inducta, si igitur postea eos cohæredes ap-
pellat, ergo ex prædictis verbis filius & nepotes
sunt cohęredes, non autem successionis or-
dine vocantur, responsio igitur Alexand. má-
gis opin. *Ioan. de Imol.* firmat, quam enervat,
Socin. verò aliter respondet cuius etiam solu.
non placet, inquit enim quòd ibid. non agitur
de vi verborum institutionis, sed præmissa in-
stitutione eiusdem gradus in filio & nepoti-
bus, agitur de alia quæstione, nec apparet illis
verbis locutum fuisse testatorem, forte dixerat,
simul filium & nepotes instituo: sed nec his vi-
tatur illius text. inductio, quia licet fatea-
mur illa verba esse iurisconsulti, non testa-
toris, nemo tamen inficiabitur ex his verbis
filio & nepotibus institutis ambos simul ibi-
dem institutos significari, ergo hæc verba fi-
lium & nepotem hæredem instituo, hanc
vim habent. Si enim illa verba ponuntur à
iure consulto ad significandam simultaneam
filij & nepotis institutionem, ergo inter eos
talem significationem habent, vt simul vocati
videantur, nec obstat si dicatur illum tex-
tum loqui in emancipato cum eadem necessi-
tas verletur in emancipato, iure prętorio in-
specto, ad quod tanquàm nouissimum ius
credendus est respexisse testator, vt per *Bar.*
infra ad Treb. in. l. hæredes mei. in. §. cum ita. cum
his quę diximus in his nostris Select. interpre-
ta. lib. 1. cap. 5. numero. 4. & *supra isto tit. in si fi-
lius hæres. in numero 2*, sed non loquitur de filio
emancipato, licet loquatur de nepotibus e-
man[...]tis, in quo doctores nō distinguunt: &
ita pu[...] opinio. Iacob. & Imol. veriorem esse,
8 vt institutio filij sui & nepotis non intelligatur
ordine successiuo, vbi omnes institui possunt,
nec me mouerit text. quem Bart. allegat *su-
pra de vsur. in. l. si stipulatus.* vbi quando subest ali-
qua necessitas, dispositio simpliciter facta ad
illam refertur. & secundum illam interpreta-
tur, ergo idem in specie nostra, quia notandum
est illam regulam procedere vbi necessitas
subest ex dispositione præcedenti expressa &
conuentionali, ad quam simplex dispositio
referri videtur, secus vero vbi necessitas est
à lege inducta, quia dispositio simplex non ad
eam restringitur, ad quod fac. quæ pon. Aret.
hîc, item dicta lex loquitur in contractibus,
qui strictius interpretantur, quam dispositio
testatoris, vt *infra reg. iur. in l. in testamentis.* in con-
tractibus enim non præsumitur quis liberalita-
tem exercere, vt *supra de prob. in. l. cum de indebito,*
at, vltimarum voluntatum materia, liberalitas
est, vt patet in definitione legati. & fac. *ad sup. d.
C. de leg. in. l. creditori.* melius *de leg. 2. in. l. creditorem,*
& ita teneo opi. *Iacob. de Are. & Ioan. Imol.* contra
reliquos.

Et hęc sunt vera, etiam si detur necessitas

Franc. Sarmientus

instituendi filium, & necessitas saltim substi-
tuendi nepotem, vbi vero nulla daretur neces-
sitas, sed solus ordo affectionis, casus indubita- 9
bilis est, non enim tanti est affectio vt verborū
vim immutet: denique si fratrem meum, filios-
que eius instituam, omnes simul veniunt, se-
cundum omnes, licet Bar. contrarium voluerit,
cuius opin. commu. reprob. secundum *Ias. col. 3.
& Lancel. Gallia ul. num. 21. Deci. consi. 205. col. 2.* &
contra Bart. allegantur duo text. *extra de testam.
c. Rainucius. & c. Ranaldus, & in. c. Rainucius. in. §.
2. Reuer. Episcop. Segobiens.* has opiniones refert.
nec obstat tex. allega. à *Bart. C. de inst. & substi. in.* 10
l. generaliter. in princip. vbi disiuncta ratione affe-
ctionis vertitur in coniunctam, per contrariam
ergo & coniuncta vertetur in disiunctam or-
dine successionis, vt affectionis seruetur ordo,
quia his respondeo, quòd affectio operatur
verborum inuersionem, ne excludatur ille,
quem maximè succedere vult testator, quod
hic cessat, cum hic succedat filius, quem testa-
tor succedere vult, quocunque modo verba ca-
piantur, ideo hic non subest ratio qua in dicta l.
prædicta fit interpretatio, & hæc est vera opi-
nio, & in qua teneo cum commun. in supradi-
ctis autem cum *Imol. & Iacob. de Aren.* si tamen
sequi velis communem opinionem in omni-
bus, quæ certè falsa est, resolue vt per *Soci. hic,*
qui melius cæteris eam explicat.

Hæc autem intelligit *Bar. in dictione &,* si vero
coniunctio fieret per cum, vel vnà, vt filium cū
nepote, vel filium & vnà nepotem instituo, vult
Bar. isto casu, quòd & in his speciebus, in quibus
interpretatio sumitur, ex successionis ordine
& copula amittit propriam naturam, si copula
sit cum, vel vnà non amittat, & sic dictio & in-
terpretatur ordine successiuo, sed dictio cum,
vel vnà non recipiunt talem interpretationem,
fortior enim est vis harum dictionum in copu-
lando, & hoc ferè omnes sequuntur, secundum
Reuerendis. Episco. Segobiens. c. Rainucius. in. §. 2. nu. 3.
per text. *supra de vsufruct. accresan. l. mulieri cum li-
beris.* sed ille text. nihil facit, cum idem esset, etiā
si esset apposita copula &, cum ibi nulla verse-
tur necessitas, nec etiam affectionis ordo, cum
loquatur text. de exteris: item allegatur text. *C.
de impub. & al. in. l. si.* quæ eodem pacto potest e-
uadi, sed & quòd non sit differentia inter præ-
dictas dictiones, vult *Iaso. num. 32* dicendo inter
istas coniunctiones non esse differentiam, In
speciebus quas fingit Bart. quia si dictio & a-
mittit naturam suam ratione ordinis charitatis,
ergo idem in dictione cum, ad quod addit *For-
tun. colum. 15.* quòd licet dictio cum, & vnà co-
pulet tempus, idemque requirat, quod non
contingit dictioni &, tamen si refertur copula
ad actum instituendi, nulla est inter eas diffe-
rentia, nam siue dicam Titium & liberos insti-
tuo, siue dicam Titium cum liberis instituo, ni-
hil interest, quia actus instituendi vtrosque si-
mul fit, & eodem concurrunt tempore, quod
esset, si ad effectum capiendi verba referretur,

vt Titius & liberi eius mihi succedant, vel sint mihi hæredes, differt ab ista forma, Titius cum liberis mihi succedant. prima enim forma potest improprian,& non secunda, vt ordine successionis interpretaretur, quia subuerteretur temporis copula, & eius vis, & ita *Fortun.* tenet contra Bar. quòd vbi verbum cui copula adijcitur actum testatoris significat, inter prædictas dictiones nulla est differentia constituenda, & eius opinionem probare videtur *Reuerendiss. Episcop. Segob.* mihi verò non recedendo ab his quæ supra tenui, verius videtur, maiorem vim dictionem cum, & vnà habere, quàm dictionem &, in copulando, siue referatur ad actum testandi, siue ad effectum succedendi, nam vbicunque fit dispositio plura continens, vel respectu rerum, vel personarum, necessario debet interuenire copula, etiam si ordo successionis seruetur, vel punctus, qui loco copulæ est, *vt supra pro soc. in. leg. cum duobus. in. §. si iucunda.* cum glo. ergo etiam si dictio, & ad diuersum tempus referatur, non amittit naturam suam, cuius copulandi actum loquendi vis præcipua est, ideo temporis significationem non habet, at, dictio cum, vel vnà, copula temporis est, ideo concursum temporis inducit, nec potest referri ad tempus disponendi, sed ad effectum dispositionis, quia aliàs superfluè adijceretur: non enim dubium est, qui Caium, Seium, Sempronium hæredes instituit, id eo tempore fecisse, *vt supra de testam. in l. heredes palam in. §. fin.* adijcere ergo temporis coniunctionem, ad id significandum, superfluum esset, ideo ad successionem, non ad actum instituendi referri debent: non sic in coniunctione &, quæ principaliter ad coniungendam elocutionem inuenta est, si igitur in specie nostri text. taliter esset concepta institutio, filium vnà cum nepote, qui mihi infra decem menses proximos natus fuerit, hæredes instituo: iure isto vitiosa esset institutio: requiritur enim, vt nepos institui possit, fi-
12 lium de medio subduci, verba autem vtriusque concursum desiderant, nec me mouerit, quòd *Fortun.* instet, quod ratione præsentis temporis, dictio &, vel vnà, non differant, ergo nihil interest, quæ earum verbo instituo adijciatur, quia præsentis temporis est: quia licet præsentis temporis sit actus ipse instituendi, sed effectus futurum respicit de quo nos agimus & ita teneo cum Bar. in sua differentia, quam inter prædictas dictiones constituit: verum est quòd text. quem *Bar.* allega. *infra de lega. 3. in. l. ea tamen adiectio* nihil facit. quia idem esset si inibi loco quod adijciatur cum, simul, vel vnà, vt patet ad sensum, nota tamen ex Bart. quòd copula que,
13 & copula &, eandem sortiuntur potestatem.

Hæc autem omnia intelligit *Bar.* quando coniunctio fit per copulam, secus si per nomen collectiuum, tunc enim indistinctè ordo successionis obseruaretur, vt *infra de lega. 2. in. l. peto. in. § fratre.* & hoc crebrius sequuntur. dd. secundum *Soc. vers. circa tertio.* intelligendo de nomine collectiuo graduum, non personarum duntaxat, vt per eum, & vide latè *Deci. cons. 205. co. 1. & 236.* sed hæc vera non sunt, vt ex infra dicendis apparebit, nu. 17. & 18.

Sed quæro, eo casu, quo successiuus ordo at- 14
tenditur, vtrum videantur vocati ex vulgari vel ex fideicommissaria substitutione sequentes in gradu, hoc dd. dicunt, quod siue verbum commune adiectū sit, vt, Titium & eius familiā substituo, vel liberos eius, siue directum, vt dixero, Titium familiamq; eius hæredē instituo, interpretandū est, ex vulgari eos succedere, sed Pau. vult, si verbum commune ponatur, compendiosam censeri substitutionem, quod verius est, si in supradictis teneremus commu. opin. quia si verbum quandocunque imponeretur, indubitàter compendiosa censeretur substitutio, vel aliud verbum denotans tractum temporis, vel post mortem suam, vt patet ex *Alexa. hic col. 2.* sed vbi ponitur nomen collectiuum, ibi est tractus successiuus graduum, & temporis, ergo de sola vulgari intelligi non potest, in qua non videtur tot gradus posse considerari in tam longa successione, ridiculum enim esse vt ius haberet abnepos, qui si alij nollint, vel non possint videatur vocatus: item nondum conceptus tempore testamenti, directo vocari non potest, vt infra dicam sub nu. 24. quod repeto, licet istam rationem non adducat, tenere *Curtium Iunio. consi. 48. volum. 1.* postquàm hæc dictaueram, qui loquitur in fortioribus terminis, etiam si adijceretur verbum directum instituo. quia in aliquibus videtur, nunquàm posse verificari, iure directo, trahi debet ad fideicommissum quoad omnes, arg. *de vulga. & pupi. supra in. l. iam hoc iure. C eod. titu. in. l. quamuis.* licet ipse aliter hoc euincere velit, ea scilicet ratione, quia verbum instituo, sumitur pro substituo, vt hîc, ergo nihil interest quod eorum ponatur, sed errat, quia ibi sumitur verbum instituo pro substituo, verbum substituo solum directam interpretationem recipit vt latè probauimus. *supra in principio nostra legis, num. 37. cum sequentib.* ideo eius opin. quòd valeat vt fideicommissaria, etiam non potest substineri. *Contra Curtium.* 15

Tres igitur in hoc possunt colligi opiniones, prima, quòd solum interpretemur substituisse vulgariter, quod hic probatur secundum Bar. sed mihi hoc non probatur, quia cum hic filius subduci debeat de medio, viuo testatore, antequàm nepos substitutus nascatur necessario debet intelligi de substitutione directa, fideicommissaria enim malè conciperetur mortuo instituto in vita testantis. *infra ad Trebellia. in. l. ille a quo § fide testamento.* ideo ratione materię, & necessitatis illa fit interpretatio, sed in quæstione proposita hæc cessant, quia si verba hoc significarent, apta esset materia ad fideicommissum, sed hæc opin. quòd de vulgari intelligatur, non videtur procedere, cum detur tractus successionis, quę successio malè applicatur substitutioni vulgari.

Secunda

Secunda est opinio quòd sit à principio fideicommissaria substitutio, quia respectu aliquorum nunquàm verificaretur indirecta, ideo referatur ad eam, quę omnibus potest adaptari, in. *l. iam hoc iure. de vulga. & pupill* quod dutum videtur, cum verbum directum sit, & videtur mens testatoris, vt si hæres non fuerit primus, secundus esse possit.

Tertia est opin. quòd valeat, vt compendiosa iure directè repudiatione, vel morte sine aditione, addita vero hæreditate, iure fideicommissi, quod si verbum commune esset, verius videtur cum Paulo, secus si directum, contra Curtium, nec enim verbum, quod semel interpretatur iure directo, si directum sit, trahitur in fideicommissum. *infra de vulga. & pupill. substi in. l. verbis ciuilibus.*

Opinio singularis. In hac difficultate, sententia mea, omnes errant in pręsupposito quæstionis: fingamus enim quæstionis speciem directis verbis & communibus, Titium eiusque familiam hæredes instituo, secundum dd. Titius erit primo loco institutus, familiaque eius ordine successionis substituta, vtrum autem ex vulgari vel fideicommissaria succedatur quæstionis est, secunda verò species talis est, Titium hæredem instituo, familiamque eius ei substituo, vel Titius & familia eius mihi succedat, Titius primo loco vocatus est, familiaq; eius, ordine successionis substituta, qualis autem substitutio censeatur controuersum est, mihi vero in vtraque specie nullam esse dubitationem arbitror, sed quòd

17 in prima specie Titius & familia simul succedat, nullo successionis ordine seruato, idem si dicatur Titius & familia mihi succedat: in secũda vero specie, Titius primo loco succedet eoque deficiente; secundo loco tota familia, nullo ordine seruato veniet, sic si familiam Titianam instituo, tota familia succedet simul, vel si familię legem, idem dicemus, probatur apertè: *infra de reb. dub. in. l. si cognatis*, nomen enim cognatorum collectiuum est & personarum & graduum, vt *instit. de successio. cogna. per tot, & in rubr. & per tot. infra de gradib.* & hæc perpetuo vera sunt,

18 nisi vbi ita relinquitur, vt remaneant in familia vel cognatione, tunc enim successio attenditur, vt in *dicta l prætor. in. §. fratre. & in. l. cum ita. in. § in fideicommiss. de leg. 2.* vbi ergo legatur cognatis vel familiæ, hi succedunt omnes, qui tunc cognati sunt, vel de familia, secundum dispositionem *dicta l. si cognatis.* si enim vbicunque fit mentio familiæ ordo successionis expectaretur, res semel alienata in familia non efficeretur libera: contrarium tamen communiter omnes cum glo. *in. l. volunta. C. de fideicommiss.* pro hoc tex. in. *§. sed si fundum. vers. quod si talia in. l. vnum ex familia infra de lega. 2.* ex mente *glos. in. d. § in fideicom. & ibid. Cuma.* sentit, & vide *Soci. in. l. si cognatis. in num. 16. & 17.* si vero relinquatur vt sit in familia, ita vt & nondum nati sint vocan, tunc perpetuum est fideicommissum, & ita cessant omnia quę hîc ponunt malè commun. dd. quos refert *Ias. in numero 27. & omnes dd. in. l. hæredes mei. in § cum ita. infra ad senatusconsult. Trebe. & Tiraque. de vtroque retract. 1. parte. §. 11. glos. 4. in princip.* iniquumque est facere vocationem perpetuam, testatore hoc non disponente, contra dictas leges, cuius in hoc expressa dispositio parum à legibus fouetur, vt in *authent. de restitutio. & fideicommiss.* vbi 19 not. dd. post glos. & vltra prædicta contra dd & text. *in. leg. supra alleg. supra de vsufruct. accresc. nds in l. mulieri cum liberis.* quę loquitur per verbum collectiuum, vt *infra de verbo. sign in l. liberorum.* & tamen simul succeditur, non ordine successiuo, nec obstat quòd loquitur in extraneis, ad quos non est affectus testator, quia doctores non faciunt differentiam inter personas, quibus est affectus testator, vel non est affectus, reprobantes Bar. hîc, constituentem prædictam differentiam, sed vim hanc collectiuo nomini tribuunt, nec obstat quod ille text. loquatur per dictionem cum, quia dictio illa ponitur inter mulierem, & liberos, non inter ipsos gradus liberorum: item, in collectiuo nomine non destingunt, inter prædictas dictiones, verum est quòd illi text. posset responderi, quòd loquatur in vsufructu, in quo non debent dari tot successionis gradus ex natura sua. *C. de vsufruct. in. l. cum antiquitas.* ne proprietas reddatur inutilis, nihilo secus tamen, vera est mea opin. quia & repeti vsus fructus potest, & vni post alium relinqui, vt *in. l. repeti. supra de vsufruct.* dicta opin. probatur in dicta in. *l. si cognatis. cum supradictis.* quod nullus scribentium ita interpretatur: dispositio igitur facta simpliciter, seu copulatè intelligitur ordine successiuo, eo casu quo aliter valere non potest: aliàs verò à verborum vulgari sensu non recedimus.

Sed oppo. quòd talis interpretatio, qualis in hoc §. fit, vt filius patris defectum tantum admittatur, non sit vera, quia in filio & nepote idem verbum est commune vtrique, ergo in 20 vtroque pariformiter debet interpretari, vt vterque primo gradu institutus videatur *infra de vulga. in. l. iam hoc iure. C. de impubertat. in. l. quamuis.* Solu. verum est, si fieri posset vt simul ambo admittantur, vbi ergo necessitas aliud exigit, vel est diuersa ratio determinandi, tunc eadem dispositionis formula diuersam recipit interpretationem, vt hîc, & *infra de manumiss. test. in. l. si ita. quarto,* vbi *Benedict. de Plumbin.* fac. not. per glos. *supra de offic. proconsu. & lega. in. leg. 2.* denique, in præsenti ita conceptam institutionem filium nepotemque, ex eo qui mihi, &c. natus fuerit hęredes instituo, interpretamur, vt filius institutus primo loco esse censeatur, nepósque secundo loco, eo mortuo, testatore viuente substitutus, secundum omnes, vt eo casu videatur facta institutio, qui ex verbis concipi potest, scilicet Galli Aquilij quia alio casu fieri non potuit.

Sed contra hæc insurgit *Fortun. colum. 2. 3. 4. & 5.* qui vult, quòd dictis verbis sit concepta 21 institutio, nulla facta mentione de filij morte,

quòd nepos videatur vulgariter substitutus in eum casum, qui ex verbis testantis concipi possit, siue filius institutus viuo patre moriatur, siue post mortem, ex verbis enim concipitur, mortem filij viuo patre non esse necessariam, & sic ampliatur Galli Aquilij dictum, vt nepos institui possit, etiam eo casu, quo suus futurus non sit, quod superstite patre contingit, & hæc est fortunij mens, licet fusius, & confusius loquatur, quod ipse probat secunda col. quòd per Gallum hoc promissum sit, nec verba posita in principio formalia sint, vt etiam sine 22 morte filij nepotem substituere liceat, nam Gallus Aquilius non in solum casum necessitatis disposuit, qui erat posthumo futuro suo, sed etiam in voluntario, scilicet casu quo suus futurus non sit, nam & eis legari permisit. *infra. delega. 1. in. l. penult. in legatis* autem nulla versatur necessitas, nec est lex aliqua, quæ legandi, vel fideicommittendi necessitatem imponat, sed instituendi. *infra eod. l. inter cætera. infra titu. 1. in. l. posthumorum. C. de bono. possess. contra tab. in leg. posthum. nato.* intelligendus ergo est Gallus ex interpretatione iurisconsultorũ, quos hîc *Scæuola* retulit, vt liceat pro eum omnes posthumos instituere, etiam quos instituendi nulla est necessitas, quorumque prçteritio testamentum non rumperet: vult denique *Fortunius* posthumum in præsenti institui posse, etiam si non moriatur filius, viuente testatore, 22 eodemque auo posthumi: sed erat *Fortun.* quia talis nepos posthumus, qui alienus nascitur, institui non potest, & requiritur quòd pater auo viuo præmoriatur, & hoc apparet ex §. sequent. ibi, si me viuo & ver. suum. qui text. superflui essent, & quçstio ridenda, si quod *Fortun.* imponit *Scæuola* asseuerasset: item loquitur contra §. *& quid si tantum.* vbi sufficit mors ciuilis filij, frustraque de eo fieret quæstio, si nulla filij mors requireretur, neque ciuilis, neque naturalis: item loquitur expreßè contra §. *& quid si is.* vbi ex eo admittitur institutio de nepote, adhuc viuente filio, mortuo patre, eodemque nepotis auo, quia licet post aui mortem filius de medio subducatur, tamen is casus admittitur, quia ex fictione viuo testatore mortuus viderur: requiritur ergo quòd viuo testatore moriatur filius verè, vel ex fictione, quæ respiciat retro, satisque ridicula esset Scæuolæ quæstio, & dubitatio, si valeret posthumi institutio, superstite filio remanente tempore mortis testantis: item loquitur contra textum *in. §. vt instituens.* vbi in materia nostra requiritur, vt posthumus suus nascatur, ad quod necessario requiritur, vt præcedat mors filij: item loquitur contra textum. *infra §. si eius.* ibi, post mortem patris, ac aui,] cum interpretatione glos. quç necessaria est: item contra §. *fortan*, ibi, mortuo patre, deinde auo nascatur.] item contra textum §. *in omnibus.* vbi frustra fit exhæredatio filij, quia eo casu nepos instituitur, quo filius viuo testante decedat, ideo superflua est exhæredatio, quç non esset, si posthumus, eodem filio testatori superstite, institui posset: & ita *Fortun.* loquitur contra omnes ferè §§. huius legis: non obstat litera nostri text. ibi, ex verbis, quia debent intelligi scilicet Galli, secundum. dd. vel alter ex verbis scilicet testatoris, cum potestate à Gallo, cócessa, vel ex Galli potius interpretatione, quæ solo eo casu locũ habet, quo filius viuo testatore subducitur de medio: nec obstat quòd Gallus etiá extra causam necessitatis disponat, vt in legato, quod posthumo fieri permittit, quod vires testamento nullas tribuit, eademque ratione & posthumi, qui præteritus rumpere non possit, institutionem permiserit, nam respondeo errare Fortun. in hoc, Gallus enim sola necessitatis causa disposuit, & 24 sic solum de posthumo loquitur, qui futurus erat suus, tempore mortis aui inspecto, iniquum enim erat, vt præteritio illius testamentum rumperet, qui iure institui non possit, legandi vero ius, in quo nulla necessitas versatur, non expressè à Gallo inducitur, sed ex consequentia illa & regula posita *insti. de lega. in. §. legari.* inquit text. eis potest, cum quibus testamenti factio est:] quç consequentia in his, cum quibus iure ciuili testamenti factio est, dubium non habet, sed & in his, qui iure prætorio tantum institui possunt hoc tempore, putà alienis omnino posthumis, vera est, quicquid *Acost.* qui post hæc scripta ad manus nostras peruenit. §. *posthumus pag. 16. de lega.* qui posthumis alienis, iure & prætorio, legati posse negat, sed nulla lex est, quç hoc dicat, nam text. *infra de lega. præstand. in. l. 2. cum l. præcedenti* ideo illam speciem sigillatim proposuit, quia si ibi posthumus suus auo esset, sed patri legatum quidem valeret, sed id præstare pater non debebit, quia retinere poterit. *infra de aquir. hæred. in l. placet.* ideo sine effectu esset ille casus, & ad hoc fac. text. in. *l. 1. in fin. eodem tit. de lega præstand.* item, quia prçtor liberos suos ab exteris liberis nostris, id est non existentibus in potestate, non secernit, quinimo amplius existimo, quòd licet non conceptus in vita nostra, nec ab intestato, nec institutus, nobis succedat etiam iure prçtorio, vt in. *l. Titius. infra de suis & legit. hæred. & in. l. verum est. infra de bono. possess. secundum tab.* tamen legata capere possit iure prçtorio: quod probatur in. *l. Paul. in. §. Paulus. infra de bonis libertorum.* alioquin fideicommissa, quæ relinquuntur, vt perpetuò sint in familia, non valerent, cum successuri post longum interuallum non possint esse concepti in vita illius, qui fideicommissum reliquit: & ad hoc est text. notab. in. *l. cum ita. in. §. in fideicommisso. infra de legat. 2.* vbi hoc videtur expressum, nec hçc distinctio inter hæreditates, & fideicommissa ratione destituitur: quia institutio non potest ita suspendi, sicut fideicommissum potest, vt in. *l. fin. C. de lega.* & vide de hoc *Soci. in. l. si cognatis. infra de reb. dub. in numer. 30. &*

Deci.

Error Fortunij.

Contra Costam.

Deci.in consi. 217. *in fin. & eundem in Rubr. C. de*
succeß. edict. & Andream Tiraquel. in tractatu de
vtroque retract. in prima parte. in. §.1. *in glos.* 9 *in nu-*
mero 82. qui volunt, testatoris voluntatem in-
spiciendam, vt ille, qui tempore mortis conce-
ptus non erat, admittatur, quod in legatis, & fi-
deicommissis verum est, etiam antiquo iure
prætorio, sed non in institutionibus ex potesta-
tis defectu, ideoque nihil posset coniecturæ
Gallus, ergo non de legatis locutus est, sed de
hæredis institutione, & ad hoc fac. text. in *dicta*
25 *l. penult. de lega.* 1. quam *Fortun.* etiam allegat,
vbi *iurisconsult. Paul.* prædicto modo, scilicet ab
institutione, argumentatur ad legata, quod
non vidit *Fortun* nam ita inquit *Paul.* à Fra-
tris posthumo fideicommissum dari potest, sola
enim voluntas seruatur in fideicommissis, &
obtinuit Galli sententia, alienos quoque post-
humos legitimos nobis hæredes fieri:] infertur
igitur de necessaria institutione ad legatum,
quod voluntarium est, per supra dictam regu-
lam: non tamen infertur de institutione post-
humi, qui suus futurus est, quæ necessitatem
continet, ne testamentum rumpatur ad insti-
tutionem eius posthumi, qui nihil cum suo
commune habet, in quo instituendo nulla
necessitas versatur, nec ex eius omissione nul-
lum subit periculum testamentum, in specie
igitur Fortunij nulla est proportio ad speciem
Galli, ideo eius consequentia falsa est: item ex
opin. Fortun. sequeretur, quòd nepos ex filia
posthumus testatori, qui omnimodo est alie-
nus ex Gallo, & Scæuolæ interpretatione, in-
stitui iure isto possit, quod nemo sanè dixerit,
& destrueretur totius nostræ legis argumen-
26 tum, & dispositio. Item *ipse Fortunius supra in prin-*
cipio. l. 4. *col.* quæ ingenij eius est inconstantia, &
contumacia pugnat, asserẽs contra omnes scri-
bentes, Gallum Aquilium non loqui in posthu-
mo alieno, cum omnes consentiant Gallum in
alieno, qui postea futurus sit suus loqui, at, hic
vult legem nostram intelligere in posthumo ita
alieno, qui nunquàm futurus sit suus, vt mire-
ris ingenium hominis refractarij. Prothea nus-
quàm non referentis: apparet igitur institutio-
nem sic conceptam, filium, posthumumque ex
eo, qui mihi infra decem menses post mortem
meam natus fuerit, hęredes instituo, ita inter-
pretandam, vt eo casu nepos succedat, quo fi-
lius viuo testatore subducatur de medio, aliter
posthumus institui non potest, secundum om-
nes, contra Fortun. & ita necessitatis ergo in-
terpretamur, vt ordine successiuo vocen-
tur.
27 Sed quærit *Bar.* quid in contractibus, si pater
stipulatur emphiteusim sibi, filiis, & nepotibus,
an interpretetur hic contractus, vt ordine suc-
cessiuo eis quęratur: circa quod vide *Imol. hic* &
adde quod in filio emancipato nulla ratio Bar.
concludit, cum in his, quæ solum acquiruntur
filijs non videtur stipulari vt hæredibus, vt ipse
dicit, item cessat & alia ratio, quia emancipatus
nihil patri acquirit, ideo addo rationem, quia
quando quis stipulatur sibi & nepotibus, vel fi-
liis, intendit ampliare tempus commoditatis
quoad viuat filius, vel nepos, ne morte sua fi-
niatur, arg. *C. de vsufruct. in. l. fi.* sed si simul voca-
rentur, nec ordine successiuo succederetur,
breuius esset tempus, quàm si pro tempore vi-
tæ ipsius tantum accepisset, cum morte cuiusli-
bet pars, quam habebat ad dominum proprie-
tatis rediret, cùm non habeat locum ius ac-
crescendi in contractibus: vt *de verbo. oblig. in. l. si*
mihi, & Titio & probatur ab speciali, in. *vni. C. si*
liberali. imperial. soci. sin. hæred. decesse. nec post por-
tionem semel quæsitam potest esse locus iuri
accrescendi, maximè in contractibus, & hæc est
vera ratio, licet fortè verius sit, filio emancipa-
to stipulari non posse, vt *sup. de pact. in. l. si tibi. in.* §.
pactus. nec videatur vt hæredi stipulari, vt ibi
probatur, & hæc intellige in rebus, quę sui na-
tura habent tractum successiuum, vt in emphy-
teusi, vel vsufructu, secus in proprietate, vt pa-
tet ex his quæ diximus supra, si quis leget agna-
tis, vel liberis suis.
Quærit vlterius *Bar.* quid de immunitate 28
concessa patri & liberis, an admittantur ordine
successiuo, & *Bart.* concludit simul admitti, &
sic in vita patris vti immunitate, vt ll. per eum
allegatis, pro quo inducit elegantem rationem,
quia vtilitas immunitatis non minuitur, etiam
si plures concurrant, secus in dominio rerum,
quia ex plurium concursu minuitur portio
cuiuslibet, cum faciant sibi partes per con-
cursum, quod est notandum, quicquid Ia-
son. in præsenti, quod not. ad ea quæ diximus
supra eodem l. si ita scriptum. nec obstat tex. quem
alleg. *Ias. C. de priuil. eorum. qui in sacr. palat. milit.* 29
lib. 12. *in. l.* 1. nec enim ibid. dicitur, filium, mor-
tuo tantum patre, habere priuilegium, quod e-
nim tex. dicit, ordine sanguinis, id pro vt quis-
que nascitur debet intelligi.
Item, in quantum *Bart.* dicit quòd videtur 30
ea actio proposita, quæ ex verbis libelli concipi
potest, notandum est, quòd hæc verba possunt
duplici sensu capi, primo modo, quòd sicut in
præsentis textu non expressis verbis Galli, nec
substitutionis, nihilominus colligitur substitu-
tio talis, quę verbis potest comprehendi, ita
in libello, licet non exprimatur actio, ta-
men ea videtur proposita, quæ ex verbis libelli
id est narratione cum conclusione concipi po-
test, quod iure canonico absque dubio proce-
dit, *extra de iudi. c. dilecti.* vbi non requiritur, vt ex-
primatur nomen actionis, quod & iure ciuili, &
vtroque foro seruari communiter probant dd.
secundum *Ias. supra edend. in. l. edita actio. numer.* 9.
vbi etiam *Curt. & socin.* Secundo modo possunt
intelligi verba Bar. quòd si ex verbis libelli, se-
cundum vnum sensum potest colligi actio vti-
lis, secundum vero alium inutilis, is sensus ac-
cipietur, vt vtilis videatur actio proposita, quæ

ex verbis cõcipi poteſt, vt hic, nam verba teſtamẽti ad inutilem inſtitutionẽ poſthumi, item ad vtilem ſubſtitutionem referri poſſent, is tamen ſenſus accipitur, quo valida ſit diſpoſitio, etiam ſi à propriiſſima vi verborum recedamus, quod & in libello admittitur, vt *vt ſupra de iure iur. in.l. ſed & ſi poſſeſſori. in. §. item ſi iurauero. vbi Iaſon. idem Iaſ. de verbo. obliga. infra in.l. 2.in.§. & harum numer.*32. & vide quæ diximus in libr. de redditib. eccleſiaſt. in prima parte in. cap. 4. nume. 13. vbi omnino fac. text. notab. *in.l.1.in.§. communis ſeruum. & in.leg. ſi alienum ſeruum infra de ſtipulat. ſeru. vltimo Bar.* not. ex Dino, noſtrum text. ad ſtatuta, ad quod fac. tex. *in prima conſtitutione, C.in. §. quibus.* ibi, primis quidem.

SVMMARIVM.

Ex §. idem credendum.

1 *De intell. l. ſi poſthumus. de iniuſto rupt. irritoque fact.*
2 *Hæc lex à Seruidio Scæuola fuit condita, quicquid malè Imol. & Socin. & vide Alciat. in lib. 4. parerg. c. 1.*
3 *Scæuola non habuit rationem reſcripti Diui Adriani.*
4 *An in præſenti præſupponatur inſtitutio nepotis.*
5 *Noctua opinio Emanuel. de Acoſta probatur.*
6 *Nepos in conditione poſitus, non videtur inſtitutus, contra Fort.*
7 *Tabellio, iure communi, per extenſum debet conficere prothocollum.*
8 *An prothocollum faciat fidem iure communi.*
9 *Nouus ſenſus ad c. 1. de fide inſtrumento.*
10 *Noua inductio. c. cum. P. tabellio extra de fid. inſtrum.*
11 *Dictio, & cætera, quid ſignificet, vel contineat.*
12 *Vera interpret. huius text. contra Angel.*
13 *In libello iudiciali non admittitur dictio, & cætera.*
14 *An ſolus tabellio poſſit explicare vim clauſulæ & cætera.*
15 *An ſub clauſula & cætera, in teſtamento videatur poſita clauſula derogatoria.*
16 *In ſpecie huius tex. poteſt breuius concipi inſtitutio, ex parag. præced.*

§ IDem credendum eſt, Gallum exiſtimaſſe & de pronepote, vt dicat teſtator, ſi me viuo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos &c. ſed & ſi viuo filio, iam mortuo pronepote, cuius vxor prægnans eſſet, teſtamentum faceret, poteſt dicere, ſi me viuo filius decedat, tunc qui pronepos naſceretur? quod ſimiliter admittendum eſt: ita ſanè, ſi prius nepos, deinde filius decederet, ne ſucceſſione teſtamentum rumperetur.

Iſte text. primo loquitur, mortuo filio, viuente nepote, qui poſthumum pronepotem producere poteſt: ſecundo, quando ſolùm viuit filius, & eſt conceptus pronepos, mortuo nepote: tertio, quando viuit filius & nepos, ex quo eſt concipiendus poſthumus, & in omnibus his ſpeciebus obſeruandum eſt, ne prętentus ſit is, qui primum locum obtinet, vel qui ſecundum, ſi contingat eum ad primum locum accedere, alioqui ſucceſsione, &c.

Sed oppon. cum Socin. hîc poſt *Imol. infra in §. in omnibus.* præteritio obtinentis primum locum non reddit nullum teſtamentum, ſi ſcribatur, qui ſucceſſurus eſt ab inteſtato, & prętentus, viuo teſtatore, decedat: tunc enim teſtamentum confirmatur iure prætorio, vt *infra titu. 1. in. leg. ſi poſthumus.* nam & *Scæuola* ad ius prætorium reſpexit *infra in. §. fin.* at, in 1
ſpecie noſtra inſtituitur veniens ab inteſtato, ergo præteritio ſui hæredis, viuo teſtatore decedentis, non reddit teſtamentum nullum, ſed his reſpondent prædicti. dd. quòd *Scæuola* non habuit rationem iuris prętorij, de quo in *dicta l. ſi poſthumus.* fit mentio, quia fuit poſt Scæuolam, cum ſub Diuo Adriano fuerit introductum, & Scæuola, ſecundum eos, fuit multo tempore ante Adrianum, vtpotè qui fuit ex antiquioribus iuriſconſultis, vt *ſupra de origin. iuris. in.l.2.* ſed errant prædicti. dd. nam *dicta l. 2.* 2
nõ loquitur de Seruidio Scæuola noſtro, ſed de Quinto Scæuola loquitur: imo Scæuola dicitur ibidem, quod fuit Galli præceptor, ergo non loquitur de noſtro, qui commentatus eſt Gallum, imo Scæuola noſter de neotericis iuriſconſultis fuit, de quo non fit mentio in dicta. l.2. & fuit poſt Iulianum, vt *infra eodem §. ille caſus.* hic enim noſter floruit ſub Marco Antonino philoſopho, cùm ille Quintus Mucius Scęuola, Pontifex maximus à quo Gallus ius ciuile didicit, & cui Cicero iuuenis operam dedit, ex antiquiſsimis iuriſconſultis fuit, quem eius collega Craſſus iuris peritorum eloquentiſſimum, & eloquentium iuris periſſimum appellabat, vt eſt apud Ciceronem, & ita hic noſter Scæuola longe fuit poſt Adrianum, vt & *Alcia.* etiam animaduertit *in libr. 3. paradox. in capit.* 8. quem etiam vid. *in libr. 4. Pareg. in capit.1.* non ergo potuit Gallus Aquil. vidiſſe reſcriptum Diui Adriani, quod poſt ipſum emanauit, cuius, licet id viderit 3
noſter Scæuola, nullam habuit rationem interpretando Gallum, nec poterat habere, cum interpretatio debeat fieri ſecundum eas leges, quæ tempore Galli vigebant, alioquin mala eſſet interpretatio: arg. text. *in leg. nihil cum ibi not. per Bart. infra de coniungen. cum emancipa. lib. eius. & in authent. de filijs ant. dotalis inſtrum. nati in principio*: quinimo etſi Gallus vidiſſet Adriani reſponſum, ad illum non reſpexiſſet: nam cum Gallus legem 12. tabularum interpretetur, vt lat. ſupra in princip. legis deduximus, dicendum eſt, Gallum ſolius. legis. 12. tabularum habuiſſe rationem, alioqui inepta eſſet eius interpretatio: ideo ius prætorium in hac interpretatione non eſt conſiderandũ, quod eſt notandum

dum ad ea, quæ diximus. *supra in princip. l. nume. 48. cum sequentib.* & fac. *infra eod. §. & quid si tantum.*

4 Item contra nostrum tex. oppo. ex mente glo. Bart. quod succeſſione nullo casu poſſit rū pi teſtamentum: nam in tota lege præſupponimus filium institutum, & etiam eum, qui extra poſthumum, præteritus, teſtamentum redderet nullum, ergo, &c. in hoc Bar. ſequendo ſuam opi. reſpondet.

Gloſſa autem dicit, quod in hoc tex. fuit institutus filius, præteritus nepos, item primo loco institutum nepotem, qui primum locum obtinebat, & ſic in ſpeciebus noſtri tex. ſemper eum, qui primum locum obtinebat, eſſe institutum, quod & alij dd. aſſeuerant, de eoque ſolo & poſthumo mentionem habitam. ſed *Emanuel*

5 *Coſt.* eleganter vt ſolet. *infra in. §. & quid si tantum. pag. 92. cum seq.* probat inſtitutionem nepotis primum locum obtinentis iure digeſtorum non requiri, eiuſque præteritione non reddi teſtamentum nullum, niſi eo caſu, quo poſthumus agnaſcatur, ideo in principio text. valere teſtamentum, eo præterito, non ſic in fine, ſi agnaſceretur, quia ſucceſſione teſtamentum rumperetur: cuius opinione licet prima fronte dura videatur, vera tamen eſt, quam ita euidenter oſtendit, vt nullus recedere ab ea poſſit: denique in tota lege præmittitur inſtitutio filij, non nepotis, vt. *infra in. §. nominibus.* ideo ſic expone litteram tex. ibi, dicat teſtator, etiam non præcedente inſtitutione nepotis, ſecundum Acoſt. qui in hoc bene dicit contra omnes, ibi poſſet dicere. ſ. præcedente filij expreſſi inſtitutione, ſecundum omnes, contra Bar. hic & *supra in prin. legis*, ibi, concipere] ſcilicet inſtituto expreſsè filio, ſed eo mortuo, nepos, ſucceſſione vel agnatione, rumpet teſtamentum, ſecundum Coſt. & alios: conſultius igitur eſſet filium inſtituere, nepotemque, & pro nepotem ſubſtituere, vt huic conſulatur caſui: probatur igitur in præſenti apertè, quod nepos in conditione poſitus, etiam ne rumpatur teſtamentum, non videtur

6 inſtitutus, quicquid importunè *Fortun. supra in principio legis*, nam reſponſio Bart. hic non iuuat, Fortun. item nec Bar. pro ſe facit ſatis, nam cùm ipſe inducit inſtitutionem tacitam in obtinente primum locum, quare non inducit nepotis ſubſtitutionem? cum eadem ſit neceſſitas, & ratio, cùm nepos ſicut filius ſit in conditione poſitus, & hæc quantum ad materiam noſtræ legis.

Opinio Co. ſta.

Inducitur autem noſter tex. ibi, & cætera] per dd. ad aliquas quæſtiones, circa quas notandum eſt, quod de iure noſtro, tabellio tenetur

7 conficere protocolla, vt *aut. de tabel. in princ.* in quibus per extenſum debent poni omnia, quæ à contrahentibus ſunt acta, & ad quæ ipſe eſt adhibitus, ſed id de conſuetudine non ſeruari dd. aſſeuerant, quæ omnino attèndenda eſt, quoad inſtrumentorum ſolemnia, vt patet ex *Bar. infra de regu. iur. in. l. ſi librarius & supra de edend. in. l. ſi quis ex argentariis in. §. ſi initium. 3. col. & in. l. argentarius.* ſed an protocollum ipſum faciat fidem 8 quæſtionis eſt, in qua *Bald. C. de fide instrumento. in rubr. num. 21.* aſſerit, fidem plenam adhibendam, quod ſequitur *Deci. conſ. 447.* de quo *Feli. c. cum P. 1. col. extra de fide inſtr.* imò *Bar.* præfert protocollum exemplo, quando inter ſe ſunt contraria, *in. l. Proculeius infra de leg. 2.* ſed ille alius caſus eſt, de quo ibi dicam: ſed ego puto, quod protocollum nullam faciat fidem, quia hoc expreſsè 9 probatur in. *c. 1. extra de fide inſtr.* quod ita inquit, ſi ſcripturam authenticam non videmus, ad exemplaria nihil facere poſſumus, exemplar enim id, ex quo exemplum ſummitur, vt *Horat.* Vtile propoſuit nobis exemplar Vlyxem. & *Cicer. pro Mure.* ad imitandum mihi propoſitum exemplar. & probatur. *infra de bono. poſſ. ſecund tabu. in. l. 1. §. ſi quis in duobus.* quicquid dd. ibidem malè intelligentes illum tex. licet aliquando exemplar ſummatur, etiam pro do, quod ex exēplari ſumitur, vt patet ex Cicerone vbi ſupra quod in dicto c. 1. eſſe non poteſt, quia exemplum, quod ex exemplari ſumitur, authentica ſcriptura eſt, ſi à tabellione rogato proferatur, nec de alio exemplo intelligi poſſet, cum perſona extranea non ſit ſupplēda, & ex his venus, ſubſtitutio pupillaris exemplaris eſt, quam illa quæ furioſis, eius ſimilitudine, magiſtrali nomine, exemplaris à noſtris vocatur, licet nec hoc nomine rectè appellaretur, ne prius incipiamus à filio cognitionem, quàm à patre, & cognoſcatur exemplar ab exemplato: denique protocollum de ſe non facit fidem, quod ſi de illo non ſolenni intelligas, quod conſuetudine defenditur, & ſibi ipſi tabellio ad memoriam geſtorum conficit, inſtar aduerſariorum, quę à priuatis conficiuntur, dubium non eſt: in ſolenni autem, quæſtio verſatur, quod ſecundum formam *d. aut. de tabellion.* plenum eſſe debet, in quo *prædicti dd. Bal. & Deci.* ſentiunt, fidem facere, ego in contraria ſum opi. per dictum c. 1. aliàs enim fruſtra requireretur ſolenniter exſcribi, *de fid instru. c. cum P. tabellio.* quæ iura in pleno & ſolenni pro- 10 tocollo intelligi debent, ne diſſonate ius canonicum à ciuili, ex noſtro capite dicamus. Item ſi loqueretur de non ſolenni, quo pacto ex eo ſumptum eſſet ſolenne, & iudex ex dubitabili ſcriptura poſſet authenticam ſcripturam extrahere: ſed circa hæc protocolla, hodie ſunt *pragmatica noſtri regni fol. 153. in antiq. & pragma. de Segobia 36 anno de. 1532.* denique puto, protocollum fidem non facere, ſiue iure communi ad plenum & ſolenniter conficiantur, ſiue conſuetudine ſummarim, & quaſi lineamenta futuri operis ducantur, ſed debere extrahi ex eo ſcripturam authenticam ab ipſo, qui confecit tabellione, vel ab alio iudicis auctoritate, illo mortuo, ſi ſua habeat protocollum requiſita, vel ſolennia.

Sed eo caſu quo taliter facta conſuetudine 11 ſoueatur, & poſita ſit dictio, & cætera, quid ſignificet vel comprehendat quæſtio eſt, in qua Bar. dicit, quòd ſub illa dictione comprehendun-

henduntur ea, quæ de consuetudine solent intelligi in illa materia, de qua loquimur: quia verbis debent sensa communia accommodari, vt *infra de lega. 3. in l. librorum. in. §. quod tamen Cassius. cum aliis*, item ex præcedentibus colligitur ad quæ debeat referri, vt hic & *infra de lega. 1. in. l. qui filiabus.* siue in eadem specie siue in simili, ex quo infert Bar. ad contractum locationis, & contractum emptionis, qui sunt descripti simul, vt rogatus de vno videatur rogatus de cõtractu sequenti, & alia in eo videantur repetita, propter dictionem, & cętera, vt hic, & idem si in præfactione, petitione, vel interrogatione aliqua erat facta responsio in vna parte, cum dictione & cætera ea ad omnia refertur, ex his quæ *Iass. hic. nu.* 13. & ad hæc facit tex. noster, in quo in sequenti simili institutione supplentur ex dictione & cætera eã, quę erant explicata in prima per Gallum Aquilium in princ. legis: vide latiss. *Tiraq. de iur. consti. 3. parte, vltima limita.*

Sed quærit *Bar.* an tabellio possit prædictam dictionem extendere, in quo distinguit, aut cõtractus fit in scriptis, vel non, primo casu tenet quod contractus debeat fieri per extensum, nec possit habere prædictam dictionem & cætera, & alleg. *C. de fid. institu. in. l. contractus.* vbi debet fieri totus contractus per extensum in scriptis: sed Ange. hic tenet contrarium, imo quòd possit fieri cum dictione, & cætera, per nostrum text. qui loquens de testamento, quod in scriptis fit, ponit in eo dictionem istam: & cætera,
12 sed hic text. malè inducitur per Angel. quia sunt verba legis, referentis verba testatoris supra in princi. legis posita sub ista dictione breuitatis causa, ne sæpius repeterentur: quia cùm commentetur Gallum Sceuola, sufficit, vt semel eius verba referret, non autem est verum, quòd testator hanc dictionem hic posuerit, item testamentum in scriptis fuit à prætore inuentum, *insti. de testam. in princ. not. C. de bono. poss. secundum tabu. in l. fi.* cuius, vt sæpe dictum est hæc lex non habuit rationem, vel saltim non est causa, quare magis de eo testamento iste tex. intelligi debeat: item hic præcesserant verba per extensum in præcedenti dispositione, ad quæ fit hic relatio: & fac. *infra de hered. instit. in. l. asse toto*: & ideo hoc casu non est dubitandum etiam in actu, qui de substantia fit in scriptis, hoc verbum admitti posse eo casu, quo præcederet per extensum in alia dispositione præcedenti explicatum, ad quam, facta relatione, clara fit dispositio, & hoc casu, indubitanter vera est opinio Angel quæ in lege hic probatur, sed & indistinctè licet hic non probetur veriorem puto, nam & principis rescriptum requirit scripturam. *C. de diuers. res. in l. sacri afflatus*, & tamen posse in his poni huiusmodi dictionem dd. fatentur.

Notandum tamen est, licet dd. non explicẽt in libello iudiciali, non esse admittendam hu-
13 iusmodi dictionem, & cætera, quia esset libellus obscurus, ideo possit reiici, vt. *C. de anal. except. in. l. fi. cum ibi nota.* & nota. *C. ad eud. iu. l. edita.* cur tam variè? quia ad finiendas lites inuenta sunt iudicia, non vt ex eis nouæ excitentur, vt *infra de re iud. in. l. 1. & in. l. 4. in. §. aut prætor.* ibi, obligationem,] quod intellige si opponeretur, aliàs contra, vt *supra de iud. in. l. si quis intentione ambigua cum aliis.*

Sed an à solo tabellione possit hęc clausula 14
extendi, *Bar.* quærit, & tenet, quod non: nam iudici hoc committitur, quid sub ea dictione cõprehendatur. *C. de fideicommiss. in. l. voluntatis quæstio.* nisi ex præcedenti extenso id suppleret tabellio, vt hic secundum eundem, quod dd. probant, si non viueret ipsemet tabellio, qui fuit rogatus, & id scripsit, aliàs contrà, secundum *Iass. numer.* 18. qui alios refert, sed *Deci. C. de colla. in. l. vt liberis.* hoc etiam successori in protocollis concedit, ego puto, quòd aut prædicta dictio est imposita à partibus, & ipse tabellio non supplet, nisi quando eo animo partes posuerunt, vt tabellio extenderet, sic intellige quæ Bar. hic ponit, aut ponitur à tabellione summatim in suo protocollo, actum referente, & tunc non dubito, ipsum posse extendere ex his quæ ipse intelligere solet sub ea dictione, argu. *de iudicatione in lege si quis intentione ambigua.* & idem de successore in protocollis, vt supplere possit ex his quæ communiter solent apponi: argu. *infra de adult. adi. in lege quod si nolit. in. §. qui assidua.* & add. cum *Fortu. penultima columna* quòd per dictionem & cætera, nunquàm supplentur substantialia actus qui fit, & quę dicantur substantialia, vt dd. *supra de contrah. empt. in lege pacta conuenta.* & vid. *Soci. hic* qui latius explicat ea quę Bar. hic ponit.

Et adde, quòd *Soci. hic in. 2. col.* refert doctri- 15
nam *Bal. in lege hac consultissima. in prin. Codice qui testa. face. poss.* qui tenet, quod si in testamento ita scriptum sit, volo hanc esse meam vltimam voluntatem, &c. continetur clausula derogatòria sub illa dictione & cætera, si præcedat aliud testamentum: quam opinionem approbat vterque Imol. si consuetum sit apponere dictam clausulam derogatoriam, quia ad eam videtur illa dictio & cętera referri, sed *ipse Soci.* asserit contrarium, quia cum non sit vniformis dicta clausula, non potest videri apposita: argu. *infra de aur. lega. in. l. Seio amico.* mihi autem videtur verius eam appositam censeri eo modo, quo solet communiter apponi, non inspecto eo quod fit rarius, pro hoc *in ead. l. in. §. medico Sempronio.* an autem ea sufficiens sit, ad tollendum præcedens testamentum, habens clausulam derogatoriam, ex vtraque pensandum erit, ex illa, quæ in præcedenti testamento est imposita, & ex illa, quæ ex consuetudine solet apponi, & ex dictione, & cætera, ex his, quæ dd. distinguunt in aliquibus, reprobando *Bar. infra de legat. 3. in lege si quis in principio testamenti. & Soci.* latè. *infra de legatione prima in lege si mihi & tibi. in. §. in legatis. & consil. 2. vol. 3. & Io. Guald. de arte testandi. titulo decimo cautel. prima* & latissimè. *Reuer. Episcop. Segob. extrau. de testament. in rubr. in secunda parte,*

parte, *numero*. 19. posset tamen defendi eam clausulam, ex dicta dictione suppleri, quæ sufficiens sit, ad tollendum præcedens testamentum, licet enim difformiter debeant apponi, tamen ex imposita in testamento præcedenti, ad quam infirmandam tendit, talis supplebitur, quæ sufficiat, ne frustra videatur imposita: argum. *text. infra de reb. dub. in. l. quoties.* & expressius. *supra ista. l. in. §. quidam rectè.* puto tamen quòd si præcedens sit talis, quæ requirat expressam, & specificam mentionem, ex his verbis non derogabitur, quæ specificè mentionem de prima non facere certum est, & magis subauditum, quàm expressum dici potest, quod not.

16 Vltimo adde, quòd in specie nostri tex. possit ita concipi institutio, filium & pro nepotem mihi, posthumum &c. vt in §. præcedenti.

Svmmarivm.

Ex. §. & quid si tantum.

1 *Acosta commentatur eleganter. §. & quid si tantum.*
2 *Inducitur. l. Velleia. quam alleg. Scæuola.*
3 *Gallus à Scæuola non reprehenditur, & ponitur vera intentio Galli.*
4 *Hic agitur de potentia testatoris, secundum primam lecturam.*
5 *Hic agitur de voluntate testantis, secundum secundam lecturam.*
6 *Nouus sensus ad istum text. quòd agatur de potestate & voluntate.*
7 *Valet argumentum ab effectu, vt lex trahatur de casu ad casum.*
8 *Idem in testamento.*
9 *Conditionum, quædam respiciunt dispositionem solius impositioni, quædam natura vel lege.*
10 *Regula in prima specie conditionum.*
11 *Regula in secunda specie conditionum.*
12 *Intellect. l. qui heredi. de conditioni. & demonstratio.*
13 *Intell l. si fundus. de condi. & demonst.*
14 *Intell. l. Sticham. in. §. vsum fructum. de solutioni.*
15 *Intell. l. Mæuius de cond. & demonstr.*
16 *De ratione l. Mæuius. in fi. posita.*
17 *Secunda aduertentia ad illam legem, & etiam tertia.*
18 *Quarta aduertentia ad legem illam.*
19 *Intell. c. debitores de iureiurand.*
20 *Intellect. l. qui hominem. in. §. finali. de solu. cum alii.*
21 *Quinta declaratio vel aduertentia. l. Mæuius.*
22 *Sexta declaratio. l. Mæuius.*
23 *Translatio conditiona fit aliquando.*
24 *Intell. l. statu liberi. à cetera. in. §. fi. infra de statu liber.*
25 *De intell. l. commodissimè. latè.*
26 *Intell. Bar. ad dictam. l reprobatur.*
27 *Intell. Acost. qui reprobatur.*
28 *Intell. Bart. ad illam. l commodissimè, quem ponit in prin. legis declaratur & defenditur.*
29 *Quartus intellectus aliquorum, qui reprobatur.*
30 *Nouus sensus illius legis.*
31 *Alius nouus sensus, quod loquitur in conditione voluntaria.*
32 *Vtrum expectetur tempus, vbi admittitur implementum per æquipollens.*
33 *De intelle. l. in conditionibus primum locum. in. §. si patronus.*
34 *An sub simplicibus continetur casus mixtus.*
35 *Noua interpretatio. l. si adulterium cum incestu. in. §. præscriptione infra ad. l. Iuliam d. adulter.*
36 *Quando leges sint extendendæ, ne delicta remaneant impunita.*
37 *Si casus mixtus sit grauior, nunquàm sub simplicibus comprehenditur.*
38 *Potestas legitimandi adulterinum vel incestuosum, non trahitur ad illegitimum, ex vtroque sapite.*
39 *Fallacia Bar. qua semper vtitur in ista lege.*
40 *Conditio si filius, in casu Galli necessaria, si acpus voluntaria.*
41 *An rectè emancipatio, mors, & deportatio conferantur.*
42 *Intell. Bar. ad istum §.*
43 *Contrarietas Bar. non ante animaduersa.*
44 *Intell. recentiorum, qui reprobatur.*
45 *Intell. Paul. qui reprobatur, item Archidiaconi; item Rapha Cuma.*
46 *Intell. Iaso. & Soci. qui reprob.*
47 *Intell Fortu. qui reprob.*
48 *Intell. Salomonij.*
49 *Intell. Acost. qui defenditur.*
50 *Sensus huic tex. nouiter assignatur.*
51 *Contra Bar. saluatur glo. Accursii.*
52 *Quare Scæuola emancipationis speciem ad nepotem adaptauerit.*
53 *Emancipatus hodie an differat à suo.*
54 *Sublata differentia agnationis, & cognationis, videtur sublata differentia emancipati, & patriæ potestata.*
55 *Vtrum solum intestato decedente illo, de cuius bonis agitur, sit sublata dicta differentia.*
56 *Si filius emancipatus arrogetur, vtrum obstet nepoti.*
57 *Excommunicatus in similis sit illi, cui aqua & igni, &c.*
58 *Vtrum deportatus eligere possit, & de intell. §. hereditatem. l. cum pater. &. §. si quis rogatus. l. ex facto. cum sequent.*
59 *Nouus sensus. l. patrem. quæ in fraudem creditorum.*
60 *Intell. l. ex facto. in. §. ex facto.*
61 *Conditio si liberos habuerit, magis est iuris, quàm facti.*
62 *Si filius deportatus restituatur, vtrum obstet nepoti.*
63 *Restitutio non extenditur ad bona tertio quæsita. & vide infra in nu. 65.*
64 *Vtrum restitutio extendatur ad bona, semel alienata, post redempta.*
65 *Vtrum in restitutione gratiosa veniant fructus.*
66 *Nouus sensus ad tex. in autent. idem de Nestorianis quod loquatur in restitutione iustitiæ.*
67 *In restitutione l. secunda. C. de rescind. vend. an habeatur ratio fructuum.*
68 *Restitutio iustitiæ tollit ius quæsitum tertio.*
69 *Restitutio iustitiæ ex causa superuenienti non tollet ius tertio quæsitum, nec extenditur ad fructus.*
70 *Fallit si ex conuentione partium detur restitutio.*
71 *Ponitur noua distinctio in ista materia.*
72 *Vtrum restitutus possit cedere bonis.*
73 *Vtrum indulgentia extendatur ad bona.*
74 *Legitimatio non tollit ius quæsitum.*
75 *De effectu legitimationis, vt filius succedat quatenus pater velit.*

Et

§ ET quid si tantum in mortis filij casum conciperet? quid enim si aquæ & ignis interdictione peteretur? quid si nepos ex quo pro n pos instituerctur, vt ostendimus, emancipatus esset: hi enim casus, & omnes ex quibus suus hæres post mortem scilicet aut nasceretur, non pertinent ad legem Velleiam, sed ex sententia legis Velleiæ, & hæc omnia admittenda sunt, vt ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.]

1 Hic tex. per Bal. & alios diuiditur in tres partes, per *Emanuel. de Acost.* qui eleganter commentatur istum tex. in quinque: ego autem diuido in duas partes, in prima ponuntur declarationes ad responsum Galli: in secunda indu-
2 citur mens legis Velleiæ eius verbis exclusis, &c. & in summa hoc dicit, licet Gallus Aquilius loquatur in posthumo, qui auo est futurus suus, propter mortem patris, idem tamen erit si propter patris deportationem, vel emancipationem contingat, vt posthumus efficiatur suus, quod ex lege Velleia inducitur, quam sic inducit, lex Velleia in secundo capite dicit, quod si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit, liberi sequentis gradus sui heredes quasi agnatione esse incipiant, vt *infra in. §. etiam si à parente. & in. §. videndum.* nec lex Velleia distinguit morte, emancipatione, vel deportatione desinant esse sui hæredes, quia habito effectu, non debet modus attendi: ergo & in casu Galli, qui in filio subducto morte loquitur, idem statuendum est, si non morte, sed emancipatione, vel deportatione subducatur à testatore filius: & ex hoc sequens in gradu posthumus suus hæres nascatur, & ita ex mente legis Velleiæ hoc inducitur, in qua non curatur ex quo capite quis suus hæres efficiatur, dum suus existat, ergo idem in casu Galli: verba autem legis Velleiæ non possunt ad Galli speciem adaptari, quia loquuntur quando is qui nascitur, viuis nobis agnascitur: Gallus vero, quando mortuo testatore id contingit, vt sibi posthumus nascatur, ergo verba legis Velleiæ non faciunt, sed eius mens, quia in. l. Velleia nihil interest, quo pacto suus hæres quis efficiatur, morte, emancipatione, vel deportatione obtinentis priorem gradum, & præoccupantis suitatem, & in hoc reprehenditur Gallus, secundum dd. quia in vna tantum specie loquutus fuit, vide glo. 1. quam explica, vt per Bar. sed in hoc dic contra dd. vt dixi supra in princip. legis: quia in nullo
3 reprehenditur Gallus, omnia enim quæ Scæuola ponit, sunt ex mente Galli, & legis 12. tabularum: Gallus enim, vt ostenderet legem. 12. tabularum, penitus quàm vulgo accipiebatur, esse inspiciendam, fingit casum, quo ostenderet mentem eius, ne verbis inhæreremus, cuius instar possint alij casus fingi, quos sigillatim Scæuola annumerandos, & explicandos assumpsit, ne verbis Galli deciperemur, non eius mente percepta, quod ante Gallum in lege 12. tabularum contingebat, hoc præmisso, hic tex. legitur duobus modis.

Primo modo, vt velit Scæuola, testato rem posse posthumum nepotem instituere, non solum in casum mortis filij, sed emancipationis, vel deportationis, & sic suppletur Gallus, qui solum in casu mortis loquutus fuit, & istum intellectum sensit glo. verbo emancipatus. quæ licet sit falsa in quantum reiicit secundum intellectum, quem statim ponimus, tamen in quantum sentit, quod hic agatur, vt possit testator prædictis casibus disponere, eam sequitur *Iacob. Aret. Cuma. Lancello. Mari. Salom. & Fortun. col. 6. Pols. & alij quos hic refert Acost. pag. 185.* qui etiam istum tenet intellectum. 4

Secundo modo legitur hic text. quòd hîc decidatur quæstio talis, vtrum dispositio, concepta secundum formulam Galli in casum mortis, trahatur ad casum emancipationis, vel deportationis, & hic intellectus crebrius recipitur, secundum quem, responsum Galli non suppletur à Scæuola, sed vim verborum eius interpretatur, tantum abest vt reprehendatur, & hic sensus probatur in nostro tex. contra prædictos recentiores, ibi, in mortis tempore conciperet,] scilicet testator, eum glos. ex quibus verbis satis liquet, testatorem in casum mortis tantum concepisse institutionem, & dubium est, an trahatur ad alios casus ex interpretatione: ergo hoc expresse facere potuit, ridiculum enim esset, ad eum casum institutionem ex intentione trahi, quem expresse concipere non esset potestas, non enim plus potest quis tacitè, quam expresse, *vt supra loca in l. qui ad certum.* differt igitur hic intellectus ab intellectu recentiorum, quia in hoc agitur de voluntate defuncti; in illo de potestate; in hoc de verbis testatoris, in illo de verbis responsi Galli, an extendantur, in hoc intellectu, vtrum testator velit, in illo, vtrum possit: sed ego aliter nouissimè intelligo text. istum, vt vtrunque decidatur, Gallus enim Aquilius ita posthumum instituere permisit, vt dicat testator, si filius meus me viuo, &c. sed finge, sic condito testamento, filium non mori, sed deportari, vel emancipari, an posthumus rectè videatur institutus, quæstionis est, in qua Scæuola apertè præmittit, & in consequentia vult, testatorem in eum casum posse disponere, & respondet tacitè obiectioni, quæ ei posset opponi, scilicet quòd Gallus in sola morte loquitur, tamen species deportationis & emancipationis, quia ex Velleia lege, eiusdem rationis & effectus sint, admitti debeant, denique quæstio proponitur de voluntate, & eius responsio ponitur in fi. in medio autem agitur de potestate, quæ ex l. Velleia probatur, ex qua, sicut testator potest, & in casum emancipationis filij, vel deportationis, nepotem posthumum suum futurum instituere, ita, dispositio in speciem tantum mortis concepta, ad eos casus trahitur, sic ergo in præsenti deciditur vtraque casus, potentia enim testatoris ostenditur 5 6

ditur ex l. Velleia ex qua Galli responsum
latius capitur, item voluntas talis à Scæuola in-
terpretatur, ex duobus igitur intellectibus. dd.
qui singuli habent difficultatem, vnum confla-
mus, omni difficultate expurgatum, nam con-
tra primum intellectum, quod hic tractetur de
potestate defuncti, verum expressè in eos casus
disponere possit testator, non vero de interpre-
tanda eius voluntate, vrget tex. in princip. qui
fingit speciem ex verbis testatoris, vno tantum
casu disponentis expressè, & quærit vtrum ad
alios trahatur. Item contra secundum intelle-
ctum quod hic agatur de voluntate non de po-
testate testatoris, vrget tex. circa finem, qui ad
ostendendam potestatem l. Velleiam inducit,
& ex illa lege hanc vult euincere, melius igitur
dicerem, quòd vterque casus decidatur, alter ex
propositione quæstionis per Scæuolam, alter ex
responsione, nam respondendo de potestate,
videtur in consequentiam respondere ad quæ-
stionem voluntatis, quam in principio propo-
suit, quasi diceret, in quęstione proposita solum
inspiciendum est, an testator id possit: posse au-
tem ex lege Velleia probari, certum est, & hanc
interpretationem eum, qui morem Scæuolæ in
respondendo obseruauerit, omnimodo proba-
turum existimo, vide *l. Quintus Cæcilius supra de-
posit.* ex quo intellectu duo sunt notanda: pri-
mum, quòd lex quæ loquitur in vno casu, tra-
hitur ad alium, ex quo sequatur idem effectus,
qui ex casu legis expresso sequebatur: nam ad
trahendum casum Galli ad casum emancipa-
tionis, vel deportationis, solum laborat Scæuo-
7 la, in probando, eosdem effectus illis omnibus
speciebus produci, & ad hoc inducit legem
Velleiam, ergo sufficit, ad legem interpretan-
dam, argumentari ab effectu, quia casus expres-
sus, ratione exempli, non formæ, videtur appo-
situs: fac. text. *infra de vi, & vi, arma. in. l. 1. in. §.
quod vulgo.* vel ratione frequentiæ, ideo lex re-
stringenda non est, vt not. *C. de rapt. virg. in. l. vni.*
fac. text. *C. de ædific. priu. in l. per prouincias. cum alijs,*
8 & hoc *in. l. dispositione.* Secundum not. quòd in
dispositione testatoris loquentis in vno casu,
possumus arguere ad alium ab effectu, & sic, di-
spositio facta in vno casu, trahitur ad alium, in
quo idem sit effectus.

Sed contra hæc oppono cum Bar. conditio
debet impleri in specifica forma, vt. *infra de con-
ditione & demonstratione in lege qui hæred.* nec suf-
ficit impleri in æquipollenti, ergò conditioni,
loquenti de morte, non satis fit per emancipa-
tionem, vel deportationem, Bart. in hoc re-
spondet singulariter ex Petro, quòd quædam
conditio est necessaria ad ipsum actum, quæ-
dam ad effectum actus, quædam omnino vo-
luntaria, dic vt per eum, quia eius doctrina sin-
gularis est.

9 Sed potes clarius, breuius, & generalius di-
cere, quòd conditionum, quædam sunt causa
dispositionis, sola impositione, quædam vero
ordine, vel natura: de primis exemplum sit, si
Rex viuat, lego Titio 10, vel si sit Romæ, vel
Titius Consul sit effectus: quæ communitas
inter Regis vitam, & legatum vel inter Titij
Consulatum, & largitatem testantis, natura i-
psa? Sola enim positio hęc coniungit, & testa-
toris voluntas, quæ aliàs de se discreta & sepa-
rata sunt: de secundis, quæ natura ipsa vel ordi-
ne iuris coniunguntur, sit exemplum, lego Ti-
tio filio familias, si pater eum emancipet, vel
seruo Titij, si dominus eum manumittat: nam,
vt sibi ipsi filius legatum capere possit, vel ser-
uus, quòd præcedat manumissio requiritur, vt
*infra de acquirend. hæred. in l. placet. & Codice de le-
gatis in lege seruus. & Codice de fideicommiss. in lege qui
fideicommissariam.* hæ enim conditiones ordine
præcedunt ipsam dispositionem, vt. *Codice de fi-
deicommiss. in lege quamuis simpliciter fac. supra de ser-
uitutib. rustic. in lege tertia in §. qui habet haustum. &
de procuratione in lege ad legatum. & in lege ad rem
mobilem.*

In prima conditionum specie talis sit regula: 10
conditiones, quę sola impositione tangunt di-
spositionem, nec natura, vel iure præordinan-
tur ad dispositionem, debent impleri in forma
specifica, vt de *cond. & demonst. infra in. l. qui hære-
di. & in l. Mæuius.*

In secunda specie, talis sit regula: conditio- 11
nes, quæ ordine iuris, vel naturę, sunt præuiæ di-
spositionis, vt effectui possit tradi, dispositio suf-
ficit impleri per æquipollens, quolibetque ca-
su, quo via sit strata dispositioni, quia non respi-
ciunt se ipsas, sed dispositionem, cui præordi-
nantur, quod hic probatur & *Codice de institut. &
substitut. in lege si mater supra de lega. 3. in. lege fidei-
commissa. in. §. si cum ita. infra ad Trebellianum in le-
mulier. in princ. & infra quand. dies. lega. ced. in. lege
si ità.* quia vbi propter determinatum effe-
ctum prouisio inducitur, non modus, sed
effectus attenditur, secundum *Aluer. Codice
vt nemo priu. in. lege secunda, tertia columna* per text.
infra de adi. lega. in. lege 3. in. §. conditio. ideo nihil
interest, si Sticho 10. legentur si vindicta libe-
retur, vindicta vel alio modo sit liberatus,
quicquid. dd. perperam sentiant; *supra de con-
di. indebi. in. l. seruo manumisso. & de verbor. obligat.
in. l. qui Romæ. in. §. Flauius.* diximus latissimè in
dicta. lege seruo manumisso. si enim idem sequatur
effectus, modus expressus non inducit for-
mam, vt hîc, & in dictis legibus, & hoc solum
agit Scæuola noster, vt ex lege Velleia ostendat
eundem effectum, mortem, emancipationem,
deportationémve operari, quia effectus agna-
tionis nepotis in qualibet prædictarum specie-
rum producit: ideo conditio hæc, si filius meus
viuo me moriatur, filio viuo emancipato, vel
deportato impletur, quia conditio non respicit
seipsam, sed præordinatur ad nepotis agnatio-
nem, iuris dispositione: examinemus igitur prę-
dictas regulas.

Quatum prima, vt dixi, talis est conditio vo- 12
luntaria secundum. dd. vel secundum nos, quæ
se ipsam tantum respicit, nec est natura, vel iure

De l. qui hæredi.

præordinata dispositioni, debet impleri ex præscripto, allegatur pro hoc text. in *dicta. l. qui hæredi.* qui hæredi, inquit *Paulus*, dare iussus est, seruo alieno instituto, non domino dare debet: nam & si alio hærede instituto iussus est seruo Titij dare, ipsi seruo datur, quia quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, quemadmodum si mihi aut seruo Titij, stipulatus sim, non Titio, sed seruo eius dari potest, & hæc vera sunt.] seruo ergo in cuius persona est adiecta conditio, non domino dandum est, licet dando seruo, pecunia domini efficiatur, sicut si ipsi domino relictum, datumque esset: vt *instit. per quas person. nob. acqui. per tot. & infra de stipula. seruo.* tamen dando domino, non impletur conditio, quia conditio dandi nec iure nec natura necessaria est, vt mihi legaretur, nec est præuia ratione rei, sed testatoris impositione: sed hæc intellige, nisi seruus dari domino velit, quia impletur dando domino, vt. *infra de solu. in. l. Stichum. in. §. vsumfructum. circa fin.* ibi, cæterum qui seruo dare iussus est, non aliter implesse conditionem intelligendus est, quàm si ex voluntate serui dedit: quia in dandi conditione, voluntas illius, in cuius vtilitatem vel personam debet adimpleri, attendenda est, vt. *C. de condit. incertu. in. l. fi.* & in alijs conditionibus hoc etiam perpetuum est, vt in. *l. C. de institu. & sub. luxatio. & infra de cond. & demonstrat. in l. inter cuius. cum alijs*, ex quo singulariter deducitur, si me offerente pecuniam seruo instituto, nolit recipere, vel remittat, me consequi legatum, & ea pecunia dominus fraudabitur, vt in *dicta l. fi. in arg. & de statu liber. in. l. 3. in. §. 1. & §. Stichus, & in. l. seruus sub hæredi.* facit optimus tex. *in l. cum pupillus. infra de conditio. & demonstrano.* licet diuersum sit in pupillo in dandi conditione, vt *in. l. si seruus decem. infra de solutioni.* & ideo licet effectus idem videatur, dando domino vel seruo, quantum ad pecuniæ dominium, tamen vbi conditio habetur pro impleta, vt in specie proposita, non idem est effectus, dominum vel seruum considerare, nec me mouerit, seruos dominis non præiudicare posse. *C. de pact. in l. seruus.* cum in iure non quæsito loquimur, & fac. text. *C. de hered. insti. in l. 3.* ibi, nolle adire,] & infra, *si quis omis. caus. test. in. l. si quis sub conditione. C. de acquir. poss. in l. fi. cum ibi not.* denique ius implendi conditionem in personam serui non transfertur ad dominum, vt ei solui debet, neque impotentia, vt ei solui possit, seruo non consentiente expresse, neque enim requiritur eius expressa contradictio Sed cōtra hęc opponitur, quòd conditio dandi potest in alterius personam impleri, quando idem, vel maior repræsentatur effectus, vt *infra de condi. & demonstr. in. l. si fundus.* vbi tex. inquit, si fundus alicui legatus fuerit, si
13 pupillo vel furioso pecuniam dedisset, videtur explesse conditionem, curatori vel tutori dando. ergo potest impleri voluntaria conditio in persona alterius, qui scriptus non sit ad eius implementum. Sol. vtilitatis causa receptum est, vt conditionis implementum, eo casu, transferatur, ne pupillo, vel furioso perdituris pecunia detur, vt in *dicto §. vsum fructum.* nam si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, inquit *Papinianus*, ita tutori, vel curatori pecunia rectè dabitur, sicuti conditionis quoque implendæ causa, rectè pecunia tutori, vel curatori datur: quod quidem labeo, & Pegasus putauerunt, vtilitatis causa recipiendum.] & *Marcellus in l. si seruus decem: eod. titul.* ipsis autem, id est furioso, vel pupillo non rectè persolui, ne datio ex eorum imbecillitate pereat, neque enim hoc egit testator, vt quoquo modo esset datum expleta videretur conditio.] quod glos. *in dicta l. si fundus.* intelligit, si in rem pupilli, vel furiosi pecunia soluta tutori, vel curatori versa sit, alioqui non videbitur impleta conditio, quod dd. probare videntur & *Papinia. in dicto. §. vsum fructum.* subiungit, idque ita recipi potest, si pecunia in rem pupilli, vel furiosi versa est, quomodo si domino iussus dare, seruo dedisset, vt domino daret.] ego vero cum *Acost. pag.* 190. verius puto, si pecunia tutori vel curatori detur, impletam esse statim conditionem, nec expectandum, vt in rem pupilli versa sit, vel non sit per rationes, quas *ipse Acost. suo* more eleganter adducit, nec facit pro glos. tex. *in dicto §. vsum fructum.* quia sensus illius tex. secundum 14
eum vulgo à doctoribus non intelligitur, vide illum, quia eleganter hoc ostendit: breuius autem, non recedendo ab eius sententia, potes illum tex. sic explicare, & finge illius tex. species, quæritur verum adiecto capite minuto, vel minori solui possit, in ea enim re solum factum versatur, non ius, *eod. tit. de solu. in. l. si stipulatus sum.* iunct. text. in *dicta l. qui hæredi.* in qua quæstione si de pupillo loquamur, tutori solui posse, si pupillus adiectus sit, nam conditio dandi, quæ facti est in personam pupilli posita, potest in tutoris persona impleri, *in d. l. si fundus & infra de solut. in. l. si seruus decem.* ergo si pupilli persona in adiectione sit posita, idem seruandum erit, quod *Pegasus & Labeo* putauerunt: sed ita demum *Papinianus iureconsultus in dicto. §. vsum fructum.* verum putat, si in rem pupilli pecunia versa sit, alioqui non impletur conditio, nisi ipsimet pupillo adiecto solutum sit, licet enim implementum cōditionis dandi, de pupillo ad tutorem transferatur ex iure constituto, non tamen receptum est pupillo adiecto tutori pecuniam dandam, nec enim vice pupilli adiecti tutor fingitur, sed ipsi pupillo soluenda pecunia est, vt de *solut. in. l. si stipulatus fuero.* cur tam variè, cum in vtraque specie conditionis & adiectionis factum versetur? quia vbi pupillus est in conditione dandi positus, pecunia ei acquiri debet, ideo ne vtilitate fraudetur, facilitate sua, in tutorem transfertur conditio, at, vbi pupillus adiectus, est ex illa pecunia nullam vtilitatem capere potest, cum stipulanti reddi debeat, vt *de sol. in. l. quod si stipulatus.* ideo in ea specie cessat ratio transferēdi facti in personam tutoris, quia translatio pupilli respiciebat vtilitatem, nec pupillum perditurum consideratur, quia imputare sibi debet.

qui

qui tali sua negotia commisit, *supra de mino. in l. cum mandato. cum concordan. ibi positis*: adiecto igitur pupillo tutori, solui non potest, nisi pupilli cosensu, vt in exemplo *dicti §. vsumfructum*. quod iure communi & in conditiune supra admissum est, vel si pecunia soluta tutori in rem pupilli versa sit: tunc enim soluta pecunia, tutoris media persona pupillo videtur, vice enim Nuncij eo casu tutor vsus est: duo igitur oranda sunt: primum vbi pecunia pupillo solui debet, vt quando est solutioni adiectus, solutio facta tutori non proficit, nisi in rem pupilli versa pecunia est: quia vitium dationis, quæ non impleuit conditionem, purgatur, si ad rem pupilli perueniat, secundum, vbi tutori pecunia solui potest, solutione sola impletam conditionem, nec expectatur sit versa pecunia, vel non: quia tunc legi, solutionem tutori fieri permittenti, satisfactum est facto ipso, nec effectus attendendus est: apparet ex his errare gloss. & *dd. in dict. l. si fundus.* de alijs autem legibus huius oore, in quibus agitur de implementro conditionis in specifica forma. vide Acost. hîc, qui more suo, copiosè, eleganter, satisque cum iudicio eas explicat, & ad *dict. l. qui heredi.* vide eundem *Select. interpret. lib. 2. cap. 8.* generaliter tamen circa eas leges displicet in Acosta, quod videtur sensim discedere à distinctione Barr. dum prædictas ll. distinctiones miscet: licet enim voluntas testatoris sola attendenda sit, quam maximè *Acosta* obseruare intendit, dum in illis ll. eam consideret: tamen nulla regula vel obseruatione clarius, quàm ex Bartoli distinctione, & regulis ea tolli potest, ideo ab eius semita non erit recedere tutum.

Item circa prædicta, quod conditio voluntaria, vel quæ impositione sola respicit dispositionem, debeat impleri ex præscripto, norandum est, ne principaliores leges omittamus, allegatur textus notabilis, *infr. de condit. & demonstrat. in l. Mæuius*, vbi si Mæuio fundus legatus est, si Callimacho incapaci ducenta dedisset, (inquit text.) conditioni parere debet, & ducenta dare, vt ad eum legatus fundus pertineat, licet numos non faciat accipientis. quid enim interest vtrum tali personæ dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere? nec enim illud quod ad talem personam peruenturum est testamenti nomine, sed mortis causa capitur.] Ecce text. vbi conditio debet impleri ex præscripto, etiam si implementum effectum non sortiatur, si enim effectus in conditionibus consideraretur, conditio illa remittenda foret, & adde quod in *dict. l. Mæuius*, sunt plura notanda. | 15 *Circa l. Mæuius.*

16 *1. Difficultas dict. l.* Primum ratio text. in fin. posita, in qua vult *iurisconsultus Iabolenus*, impleri debere conditionem, quia non capitur ex testamento id quod datur, quasi capax talis sit, ex mortis causa capione, quod nemo dixerit, vt *infr. de donat. caus. mort. in l. omnibus, & in ead. l. Mæuius*. ibi. licet numos non faciat accipientis.] vbi text. eum mortis causa capionis incapacem fatetur. ergo ratio text. nec enim illud,] &c. falsa est. sed notandum est, quòd vera est illa ratio, & optimè concludit. text. enim non vult in fine eum facere capacem effectus, sed facti, & respondet obiectioni tacitæ, si enim Titio incapaci legetur, non est ei danda pecunia, etiam de facto, vt *C. de heredit. instit. in l. 1. & infra de his, qua pro non script. hab. in l. in metallum*. item, si capere non potest, ergo conditio impossibilis est, ergo remittenda, vt *infr. de condi. & demonst. in l. obtinuit.* ad quæ satisfacit *Iabolenus* dicendo, quòd id, quod ad talem personam peruenturum est, non ex legato, sed ex mortis causa capione proficiscitur: ratio est, quia in legatis effectus, in conditionibus verò facturi attendi debet.

Secundo notandum est, quòd in illo textu conditio videbatur remittenda: fuit enim scriptum, si Callimacho dedisset, qui capere non poterat, sed verbum dare translationem dominij significat, vt *institut. de action. in §. sic itaque discretis*. cum alijs, quod impossibile in persona Callimachi fuit, ergo conditio remittenda tamquam impossibilis, quia pecunia non fit accipientis, vt *Iabolenus ipse* fatetur. Item ex his collige contra communem inductionem. quod ibidem conditio non impletur in specifica forma, conditio enim fuit in dando implementum, aut in faciendo. & sic ille text. ad contrariam partem poterat allegari, sed his potest singulariter responderi, quod verbum dare, ratione subiectæ personæ, debet ad factum referri, sicut alias impropriari solet. *supr. loca, in l. si reno, cum alijs*, denique in *dicta lege Mæuius*. verbum dare merum factum notat, vt patet ex sequentium exemplorum collatione: conditiones enim, quæ tamquam similes à Iaboleno adducuntur, meri facti sunt, & sic conditio, quæ cum iuris effectu impleri non potest, de facto impleri debet. vt *infra de condit. instit. in l. si mulier, in §. 1.* Aliter etiam potest responderi, quod conditio dandi habet factum annexum, sine quo datio non consistit. *C. de pact. in lege traditionibus*, & sic factum, & ius habet conditio ista, quod vltimum in specie *dict. l. Mæuius*, tamquam impossibile in Callimachi persona reiicitur, vt de *condit. & demonstrat. in l. obtinuit, de condit. instit. in l. conditiones*. non tamen ex hoc remittitur factum, quod est possibile. nam in conditionibus, quibus duo insunt, altero remisso, aliud impleri necessum est. *infr. de condit. instit. in l. qua sub conditione, in §. quoties*. facit *infra de legat. 1. in l. si fideiussor, in princ. & de test. tut. sup. in l. quaro, in §. Lucius*. maximè in his conditionibus, quibus factum præualet, vt in *dict. l. qui heredi.* denique conditio incapaci facti est, non iuris. | 17 *2. Difficultas dict. l.* | *3. Difficultas notanda.* | *Singularis interpretatio.*

Quarto notandum est, quæstionis esse, vtrum illa pecunia, quæ conditionis implendæ causa, Callimacho datur, fisci efficiatur, vel locus fiat repetitioni, in quo à fisco posse vendicari | 18 *4. Difficultas d. l.*

dicati tenuit *inibi glos. Bart. Alber. Paul. & commu. dd. & Fortu. hic col.* 69. quos refert hic *Acost. pagin.* 188. qui post Comens. contra alios tenuit, locum esse repetitioni. pro commu. opin. videtnr tex. *infra de sol. in l. qui sic soluit.* vbi solutio perfunctoria, quæ fit, vt datum repetatur, non operatur effectum: item idem actus non potest operari repetitionem, & implemẽtum, vt *infra de solu. in l. qui hominem. in §. fi. & supra de condict. indebi. in l. cum is. in* §. 1. item non potest quis venire contra factum suum, vt ll. vulga.

Contra commu. cum Cuma.

sed pro Comens. & Acost. quòd Mæuius pecuniam Callimacho datam repetere possit, nec fiscus dominium, quod Callimachus non habuit, vendicare possit, fac. text. quem alleg. *Acost. C. ad l. Falcid. in l. penul.* quem induc, & declara, vt per eum: item quia sufficit, quòd conditio impleatur momento, *C. de instit. & substit. in l. si quis heredem. C. quand. dies leg. ced. l. cum vxo-*
19 *ri.* item, pro Cuma. & Acost. induco tex. *extrau. de iure iurand. c. debitores.* vbi hoc expreßè probatur, datur enim in illo text. incapacitas in accipiente, ex causa vsuraria, & necessitas in dando, ratione iuramenti, sicut in *dicta l. Mæuius.* ratione conditionis: & ita, post dationem & implementum, repetere potest, & nota paritatem terminorum, nam sicut conditio debet ex præscripto impleri, ita iuramentum, sicut hic datur incapacitas in accipiente: ita in *d. c. item.* pro hoc, quia vbi in dante non est turpitudo, quæ hic non est, ratione necessitatis sibi impositæ, sed tantum accipientis, ergo locus est repetitioni, in *l. 1. & 2. & 3. supra de cond. ob turp. caus.* vt enim locus fiat fisco, requiritur, quòd in dante detur culpa, vt ibid. iunct. nor. *C. illo titul. in l. 2.* item, si rectè intueatur istam opi. sensit *Iabol. in dicta l. Mæuius.* qui ad speciem propositam confert casus, quibus implementum nullam affert vtilitatem alicui, quod non esset in specie nostra, si pecunia fisco acquireretur, iste enim casus illi deberet conferri, qui in *d. l. qui heredi.* ponitur de pecunia danda seruo, quæ domino acquiritur, factum tamen debet in persona serui impleri, cum igitur omnes hi casus conferantur, dicendum est, sine effectu, solui Callimacho, & sic fisco non esse locum: præterea, si incapaci expresse legatum sit, fisco locus non est *C. de hered. insti. in l. 1. de iur. fis. infra in l. aufertur. cum ibi notat.* ergo idẽ erit, si in conditione expreßim incapax ponatur: item hoc sensit *Iabolenus*, qui dum intendit probare pecuniam Callimacho dandam, licet dominium non fiat accipientis, quia in conditionibus factum debet expectari, sicut si legetur alicui, si pecuniam proiiciat in mare. denique cum in conditionibus his non requiratur effectus, qui impediet pecuniam meam vendicare: nec obetit text. in *dicta l. qui*
20 *soluit. & in d. l. qui hominem, & in d. l. cum is.* quia illa iura non procedunt in solutione, quæ fit ratione necessitatis respicientis factum, non effectum, vt est text. ad literam in *dicto c. debitores, & in dicta l. penul. C. ad l. falcid.* sed durum videtur, vt idem actus impleat conditionem, & repetitionem inducat, & vt infra dicemus, & repetitio videtur contra defuncti voluntatem.

Quinto circa *dictam l. Mæuius* notandum est, 21
quòd *Iabolenus* sensit in *d. l. Mæuius,* conditionem si pecuniam proiecerit in mare, implendam esse, quod probant commu. dd. excepto Comens. & Fortu. vt per *Acost. hic pagin.* 189. qui volunt, conditionis similitudinem ad factum, non ad ius referendam. sicut enim aliquid iactare in mare est facti, ita si Callimacho, &c. ego vero libenter istam opinionem sequerer, si *d. l. Mæuius.* posset euadi. nam licet ad factum referatur, tamen id factum implere in propositis speciebus necessum est, Non aliter fundus (inquit text.) ad eum pertineret, quàm si conditiones impleßet:] præterea, conferre conditiones implendas cum non implendis, ineptissimum foret, & ridiculum est quod *Fortu.* comminiscitur proiiciendam pecuniam, si propter eam in mari periclitetur, quia conditio talis tunc non esset derisoria, quasi impleri conditio, sine animo adimplendi, possit, qui animus, in specie ab eo proposita, cessat, cùm propter periculum proiiciatur, vt *infra de condit. & demonstra. in l. multum interest. & in l. 2.* item quia conditio nullam requirit causam, imo ipsa semper habetur pro causa, etiam si talis sit, quæ nullam afferat vtilitatem, vt latius diximus in istis Select. interpretationibus in lib. 2. in c. 1. *Cuma.* autem inuenit modum, quo sine damno impleatur conditio, vt deiiciantur, ita vt recuperari queant, forte supposito rete, vel in crumena fune ligata, qua postea recuperẽtur: sed hæc, quin contra defuncti voluntatem, & ridicula sint, dubium non est, & similia his, ob quæ derisus est *Nerua in l. est differentia in quib. caus. pignor. vel hypothec. tacit. contrahatur.* & facit contra eum text. *in d. l. qui sic soluit. infra de solutionibus.* si enim pecuniam perdi nollet, non conditionem prædictam testator imponeret, quòd si in his conditionibus ludere cum Fortunio velis, posset cõditionem in auro Tolosano sine damno, imo cum vtilitate impleri, posses & cum Biante philosophari: sed hanc philosophiam non admittunt nostræ leges, *infra de verborum obligatio. in l. is cui, & de cur. furio. per tot.* vide quæ dixi in *l. seruo manumisso. de conditionis. indebi.* supra in libr. Selectar. interpretatio. lib. 2. in c. 1. numero 4. vbi de hac philosophia Iaboleni nostri.

Contra Fortu.

Sexto circa *dictam l. Mæuius.* notandum est, etiam si vera sit commu. sententia fisco illam pecuniam acquiri, quòd Mæuius possit consentire in dando pecuniam alij, vel remittere 22
implementum, eam non accipiendo, sicut in seruo diximus, circa *dictam l. qui heredi.* vt in *lib. 3. infra de statu lib. in §. idem Seruius. vers. denique.* quia quando stat per eum, in cuius persona debet impleri conditio, habetur pro impleta,

pleta, vt *infra eod. in l.iure ciuili. cum aliis:* licet *Acost.hic pag.*189. contrarium velit, nec enim impleri conditionem in specie proposita verum est, sed haberi pro impleta, & sic cessant Acostæ fundamenta.

Ex his apparet, conditionem voluntariam in specifica forma debere impleri, nulla habita tatione effectus, pro quo etiam inducitur text. *infra de condi. & demonst. in l.Lucius.* quem explica, vt per *Acost.hic & Alci.de præsumptio. in 3.part. num.5.*

Item inducitur text. *infra eod. tit. in l.fideicommissum.* qui in arrogatione etiam procedit, vt per *Acost.hic pag.*202. quia rescriptum principis non debet mutare testatoris ordinationem, volnntates enim testantium audire volumus, non iubere,] inquit *lex. C. de testam. in l.omnium testamentorum.* ad quod vide multa, quę di-
23 ximus in lib.1. harum interpretatio. in c.8. nota tamen, quòd aliquando fit translatio quantum ad personam illius, qui adiicitur implemento conditionis, vt in *dicta l.si fundus.* item. *infra de leg.præstand.in l.is qui in potestate.* item vbi seruo legatur libertas, si hæredi decem dederit, videtur ratione dominij adiecta conditio, & sic eo vendito conditio debet impleri in statu liberi emptoris persona, quia iam dominus est, vt in *d.l.qui hæredi. & in l.si is cui. & in l.seruus si hæredi. infra de statu libe.* lex enim 12. tabularum ita disponebat, statu liber 10. dare iussus, si venditus fuerit, det emptori, secundum glos. *eod. tit. de statu liber. in l.statu liberi à*
24 *cæteris.in §. Quintus.* ex quo apparet verus illius text. intellectus, qui fingit quæstionem de veniente ab intestato euincenti hæreditatem, cui dando impletur conditio, finge codicillis relictam libertatem, si hæredi decem dederit, si ab intestato hæreditas vendicetur, & sententia pro successore ab intestato dicta sit, ei dari pecunia debet, siue sententia iusta, siue iniusta sit, quia lex 12. tabularum emptori pecuniam dandam constituit, sed emptoris verbo omnem eum, ad quem transfertur dominium, & emptionē omnem causam transferendi dominium lex appellat: vi.tex.notand. *in l.si dominium infra de furtis.* ergo idē est ex contractu acquiratur dominium serui, vel sententia: & ibid. expressè probatur, quòd sentētia transfertur dominiū, de quo alibi diximus, quod si nō esset expressum in d.l.12.tabularum, translatio conditionis nunquàm fieret maximè per sententiam iniustam super hæreditate, vel super dominio serui, quia in his quæ personalia sunt, sententia in consequentiam non operatur, nec obstat exceptio rei iudicatæ, vt in *l.si Titio.in §. vsum fructum supra de vsufructu.* quæ omnia sunt valde notanda pro interpretatione dicti §. quòd autem lege 12. tabularum id cautum sit, apparet ex libello Vlpiani, qui vulgo eius nomine circunfertur, *titulo de statu liber.* qui ita inquit, sub hac conditione liber esse iussus, si decem millia hæredi dederit, & si ab hærede alienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perueniet, idque lex 12. tabularū iubet: ad quæ etiam facit text. *infra de fideicommiss. lib.in l.4.in § si sub conditione,* & iste est verus intellectus *dicta l statu liberi.in §.Quintus.* quicquid somniet *Alcia.lib.3.parerg. c.22.* nescio quid de emptione quæ in testamento per æs, & libram interuenit, cōminiscens, quasi emptio, quæ per æs, & libram fit, quæ ad testamenti formulam pertinet, & inuenta est, *vt inst. de testam. in princ. & in libello Vlpiani supra allegato, in tit.de testam. qui est titulus* 20. ad successionem legitimā possit pertinere, sed de his latissimè scripsimus in istis Select.interpret. in lib.3. in c.1. per tot. vbi omnino videatur. Exceptis igitur casibus, quibus per legem conditionis implementum transfertur, conditiones voluntariæ specifica vel præscripta forma impleri debent, si autem conditiones non voluntariæ sunt, sed necessariæ, vel non respiciunt seipsas, sed subordinantur ad aliquem effectum, sufficit eas impleri eo modo, quo effectui via sit expedita, vt hic & *c.si delegatus de officio delega. lib.6.*

Contra Alcia.

Sed contra hæc opponitur *supra eod. l.commodissime.* vbi casus expressus non trahitur ad casum omissum, in quo idem repræsentatur effectus, eademque necessitas versatur, nam siue posthumus me mortuo nascatur, & sit proprius siue me viuo, & sit improprius, institui debet, alioqui præteritus rumpit testamentum, vt *infra in §.nunc de l. & d.l.commodissime.* ibi, si alter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit, natus rumpit testamentum,] in hac difficultate Bar. diuersó modo loquens, suam conatur explicare sententiam, nec id satis efficit. hic 26
enim respondet casum esse dissimilem: aliud enim est, nascatur testatore viuo, aliud eo mortuo, sed hoc non tollit difficultatem, cùm sit idem effectus, eademque necessitas vtroque casu: item similitudinem casuum, vel specierum in materia nostra sumimus ex effectu, & necessitate, alioqui quid haberet commune mors cum emancipatione, emancipatio cum deportatione, voluntas cum impotentia? sed non quærimus similitudinem in factis, sed in effectibus, idem autem effectus in natiuitate nepotis, mortuo testatore contingente, vel eo viuo versatur. ideo sol. Bart. non potest sustineri, licet eam sequantur dd. & conetur defendere *Ripa.infra de vulga.l.1.num.93.cum sequent.*

25 *Circa l. commodissimè.*

26 *1.Intell. d.l.*

Contra Rip. & dd.

Aliter illi tex. respondet nec insubtiliter *Acost.pag.*221. quod ideo si filius instituatur, si testatore mortuo nascatur, natus eo viuo, pręteritus videtur, quia omnis conditio, sua natura, volubilis est, vt existere deficereque possit, alioqui conditio non esset, si necessario existere deberet, *infra de verbo obligatio. in l.in illa. in §. fi. & in l.impossibilis.in fi.de noua.in l.si pupillus.in §. sub conditione.* ipse alleg. notata *infra ad Trebellia. in l.ex facto. in §.fi.* idque in *l. commodissime* non esset, si vtroque casu videretur institutus

27 *2.Intell.*

tutus, nam purè, non sub conditione contra testatoris voluntatem institutus videatur: vt igitur sit locus conditionis naturæ, alret casus non comprehendit tur, subtilis sanè est hæc solut. non tamen mihi probatur: nam & reliquus est casus conditionis defectui, vt institutus non videatur, scilicet, si non nascatur tempore aliquo, sicut enim in præsenti tollitur formula verbi moriatur, vt comprehendantur casus, eiusdem effectum repræsentātes, ita debes dicere in illius tex. specie, illius verbi mortuo, non est habenda ratio, vt casus vitæ, qui eundem operatur effectum, comprehendatur, & sublato illo verbo remanet casus in quo conditio deficiat: finge enim ita conceptam institutionem, si posthumus mihi nascatur, hæredem eum instituo, & natus post testamentum in vita, vel post mortem institutus videtur, quare autem *in dicta l. commodissime.* ibidem non fiat, hæc eadem interpretatio quæstionis est, nec obstat, si obiicias illum casum, quem reliquum defectui conditionis facimus, non ex vi conditionis, sed ex actus qualitate produci, non enim valet institutio posthumi, si non nascatur, ergo conditioni ipsi nullus reliquus esset casus, ideo verè, & subtiliter loquitur *Acost.* sed not. quòd hoc non nostram euacuat sententiam, nam in simili specie idem contingit, non tamen id consideratur: nam si Titium hæredem instituas, & si hæres esse noluerit, Caium substituas, nullus conditioni remanet locus, vt Titius non sit hæres, si casum etiam impotentiæ comprehendas, nisi ille, qui de natura actus inest, si voler hæres esse, & tamen casum impotentiæ dicimus comprehēdi, licet verbi vis euacuetur: & sic resoluitur generalius, id est, si non hæres fuerit, ergo idem *in l. commodissime.* dicendum foret, vt ea verba in eum modum accipiantur, vt hoc totum comprehendant, si filius mihi nascatur hæres esto, sicut verbum si noluerit, vel non potuerit, ita resoluitur, si hæres non fuerit: item hac ratione omissa, pro mea sententia est tex. ad literam *C. isto titulo. in l. fi.* vbi nullus est casus reliquus conditionis defectui, nisi ille qui tacitè inest, vt *C. de hered. institu. in l. si pater. & in l. nec apud. & C. de fideicommiss. in l. eam quam.* & maximè tenendo intellect. *Fulgos. in dicta l. fi.* quem sequitur *ipse Acost.* item pro hoc est text. hîc, quia defectui conditionis nullus casus relinquitur, nisi ille, qui tacitè inest, etiam si expresse ita concepta non esset dispositio, sed generaliter, vt supra *eodem §. quidam rectè.* ex quibus apparet sensum Acost. ad *dictam l. commodissime.* non posse sustineri.

Contra Acost.

28 Tertius intellectus, vel sol. ad illam l. ponitur per *Bart. supra ista l. in princi. col. 3.* vbi inquit *Bartol.* quòd regula nostri text. in quo fit extensio de vno casu ad alium, habet locum quando variatur casus in persona illius, cui fit substitutio, non si varietur in persona substituti vel instituti, adde, non dato substituto: & istam opinio. Bartoli sequitur *Iason consil. 220. 2. lib. Decius consil. 394. num. 7. & Rip. d. numer. 93.* sed non rectè interpretatur sensum Bartol. qui ei imponunt velle, quòd vbi variatur persona substituti, dispositio non trahitur, sed Bartol. non loquitur de variatione personæ, sed casus circa personam, licet puret probare *Rip. in dicta l. commodissime.* esse aliam personam si nascatur testatore mortuo, aliam si nascatur in eius vita, tamen errat, quia de vnico filio loquimur, qui idem ipse est quocunque tempore nascatur, maximè facta institutione pleno ventre: itaque variantur casus circa personam, non persona, & casus, quod subsensit *Aret. col. 4.* licet interpretatione iuris diuersas esse personas fateatur: verus est igitur sensus *Bartol. in d. col. 3.* si rectè intelligatur, quòd dispositio facta in vnum casum, trahitur ad alium ratione eiusdem effectus, verumque id sit, vbi variatur casus circa personam illius, cui fit substitutio, non autem illius qui vocatur, cuius ratio est, quia casus positus in persona illius, cui fit substitutio, præordinatur ad substitutionem, ideo effectus solus consideratur vt nostra reg. at casus positus in persona substituti, vel instituti, non dato sibi substituto, ad ipsius terminationem non alteri subordinatur, ideo, ex præscripto impleri debet, vt regula supra posita, & hoc regulare est ex natura institutionis, & substitutionis: potest tamen fingi casus, quo in institutione solus consideretur effectus, non institutionis natura, sed vi conditionis adiectæ, quæ aliquem respicit effectum, vt *C. de institu. & substi. in l. si mater. cum aliis ll. infra allegandis* natura igitur primordialis ex d. Bart. doctrina colligitur, ex accidenti tamen aliquando variatur, vt in *dicta l. si mater.* & hic est elegans sensus ad *dictam l. commodissime.*

3. Intellectus.

Contra Rip. & alios.

Quartus intellect. poni potest ex dd. supra allegat. quod aliud sit si varientur casus, aliud si varientur personæ, vt *in dicta l. commodissime* contingit: sed iste intellectus non est verus, vt modò diximus. 29

4. Intell.

Quinto modo potest euadi prædicta difficultas, quod dispositio facta in vnum casum, trahitur ad alium, verū est, nisi casus ex diametro repugnet, conditioni enim Si me mortuo nascatur, ex diametro pugnat casus Si nascatur in vita, ideo ad eum casum nō trahitur dispositio, nec obest si dicas hoc esse contra nostram legē, qua conditio si moriatur, trahitur ad casum quo viuat, qui magis contrarius est, quia repugnat in substantia, sed in *dicta l. commodissime.* tantum repugnat in qualitate temporis, & tamen ratione effectus, admittimus etiam casum contrarium, quia possumus his respondere, quod magis cōtrarius sit casus ille, qui contingit in *d. l. commodissime,* quàm ille qui in text. nostro: licet enim natura contrarium sit mori viuere, lege tamen extenuatur hæc contrarietas, 30

5. Intell.

tas, quia emancipatio, vel deportatio instar mortis habetur in hac materia, at in *dict. l. commodissime.* casus est simpliciter oppositus, nec opposito illa extenuatur per legem, ideo dispositio ad illum casum non trahitur.

31 Sexto potest illi tex. responderi, & est clara hæc & sine controuersia vera solu. quod in *l. commodissime.* conditio merè voluntaria sit, non necessaria, ideo sub regula *l. qui heredi*, comprehenditur, & in forma specifica impleri debet, & hoc est certum. dd. enim errant, quia quod ille tex. loquatur in necessaria institutione, nihil promouet, vt conditio necessaria sit, nam potest esse necessaria institutio, & conditio voluntaria, vt verè est.

6 Intell. d. l.

Contra doctores singularis interpretatio.

Nec his obstat text. in *d. l. fi. C. isto tit. de posthum. hered. insti.* quia ibi, ratione erroris vel opinionis testatoris, recedimus à verbis, vt diximus *supra isto titulo in Rub.* item, si teneas intellectum Fulgos. ibi conditio ratione certi effectus adiicitur, & sic non est merè voluntaria, & quæ seipsam solum respiciat.

Est igitur regula in materia nostra, quod vbi conditio propter certum effectum inducitur, sufficit quòd subsequatur effectus, quamuis conditionis verba deficiant, quod probatur in tex. nostro, & *C. de inst. & substi. in dicta l. si mater. & infra quand. di. leg. ced. in l. si ita, & infra ad Senatusconsult. Trebellia. in l. mulier. & infra de lega. 3. in l. fideicommissa. in § si cui ita.* quod etiam in contractibus locum habet, vt probatur *C. de donation. quæ sub mod. in l. fi.* quando vero est voluntaria, non recedimus à verbis, nisi contraria mens colligatur, vt in *dicta l. fi. C. isto tit.*

32 Sed quæstionis est, vtrum implementum conditionis per æquipollens purificet legatum, an debeat conditionis tempus expectari: finge filio familias legatum fuisse sub conditione, si morte patris sui iuris effectus fuerit, eumque à patre emancipatum esse, vtrum statim legatum petere possit, vel diem mortis patris expectare debeat, in hac quæstione glossa & *Bartol. d. § si cui ita.* statim petere eum posse legatum asserunt, per text. in *dicta l. mulier. & d. l. si cui ita.* sed *Cuma.* non insubtiliter, more suo, contrariam sententiam probat, *in dicto § si cui ita.* per tex. inibi, qui expressus est, inquit enim *Vlpianus:* si cui ita fideicommissum fuerit relictum, si morte patris sui iuris fuerit effectus, & emancipatione sui iuris factus sit, non videtur defecisse conditio, sed & cùm mors patris contingat, quasi stante conditione, ad fideicommissum admittetur,] ad text. *dicta l. si mater. & d. l. si ita & l. mulier.* respondet, quòd loquuntur quando fideicommissum liberis relinquitur, quo casu emancipato filio, statim ante patris mortem restitui debet, quia dilatio eorum fauore imposita videtur, quod ex *eodem Vlpiano in dicta l. si ita* apparet manifestò, nã dicit. Si ita essent liberis fideicommissum relictum, si morte patris sui iuris essent effecti, nec mortalitate patris, sed emancipatione patris familiarũ constituti sint: deberi eis fideicommissum nemo dubitauerit, diemque eius emancipatione cessisse, quæ morte patris cederet.] & *idem Vlpian. in dict. l. mulier.* fideicommissum eis præsentandum intellecta matris voluntate, quæ quia nõ crediderat patrem eos emancipaturum, distulerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura id in mortalitatẽ, si eum emancipaturũ sperasset,] & vide omnino quæ dicemus infra in quæstione de legato facto vxori, sed si extero relictum foret, mors patris, etiã si emancipentur, erit expectanda, vt in *dicto § si cui ita.* quod sequitur *Acost. hic pagin. 21.* & satis innoluté *Fortun. col. 21. cum sequentib.* quæ opin. verior certè videtur: denique vbi fideicommissum liberis scriptum est sub ea conditione, si morte patris sui iuris efficiantur, eisdem emancipatis statim debetur, quia eorum fauore conditio & dilatio imposita videtur, at, vbi exteris relictũ est, conditio honorati fauore imposita videtur ratione effectus, dilatio vero hæredis causa, facit *de regulis iuris in l. cum tempus.* & nota. ad *l. infra ad Trebellianum. in l. à filia. in § 1. & in l. si ita relictum. in § Pegasus. infra de legatis secundo.* ideoque in prima specie & fructus sunt restituendi, vt *de vsuris supra in l. in fideicommissi. in § cum Polidius.* ex quibus si extraneus emancipatus, cui in mortem patris relictum est fideicommissum, iam decedat, patre adhuc viuo, nihil transmittet, cùm nondum venerit dies, nec cesserit, quia cùm incerta fuerit, conditionem facit, vt *infra de conditio. & demonstratio. in l. dies incertus. & infra quand. dies. lega. ced. in l. 4.* & ibidem notatur, secus in filio, & ita *dicta l. mulier.* erit tex. elegans ad quæstionem, quam supra posui in *l. multis non nota causa.* vbi vide *in numero 1.*

Cõtra commu. cum Comens.

Quid igitur extraneo proderit, inquies, implementum per æquipollens fieri, si emancipatus patris mortem expectare debet, qua conditio ex præscripto impletur? Respondeo, prodest, vt conditione defecisse non videatur, qui enim emancipatione patris sui iuris factus est, eius morte non potest sui iuris fieri. *C. de vind. liber. in l. 2. quæ incipit nihil. & infra de verborum obligationibus. in l. qui bis idem. cum aliis*, & hoc clarè innuit text. in *dict. § si cui ita.* ibi, non videtur defecisse conditio,] & ita teneo opinion. Commens. & recentiorum, & idem in quæstione quam fingunt dd. si testator leget fundum vxori suæ, donec permaneat vidua, eaque mortua cum fundum iusserit dare Titio: nam in ea specie si ipsa nubat, mortem tamen eius expectandam vt fundum Titius habere possit, contra communem opinionem, cum *Deci. in dicta l. si mater.* quem vide, quia allegat fundamenta pro ista parte: nec distinguo eo casu, Titius sit de liberis, vel non sit, cum dilatio non liberorum vtilitatem respiciat, sicut in prædictis legibus respicit, quia non est lex, qua admitti possit hæc interpretatio, quod est valde notan-

Contra commu.

dum ad declarationem dictarum legum.

In quæstione tamen nostri text. filio emancipato, vel deportato, posthumus, non expectata eius morte, admittitur, cum dilatio, & conditio eius fauore imposita videatur, alioqui, eo sub conditione instituto, rumperetur testamentum, vt supra *eodem l. posthuma.* & ita tene. quicquid inuoluat *Fortun. col. 23. in principio,* exterus autem substitutus, si filius me vino moriatur, eo deportato, aut statim admittendus foret, vel filij mortem expectare debeat, quæstionis potest esse: nam id quod supra diximus cum Cumano, in fideicommissis planè procedit, in directa autem substitutione non ita admitteretur, ne testatorem qui substitutione sibi prouidere voluit, dicamus viam elegisse, quo eius testamentum destitui posset.

Singularis interpretatio.

Item finge, filium viuere, & nolle hæreditatem, num expectari debeat mors filij? ego puto, statim substitutum admittendum, & casum impotentiæ per mortem, alium inducere impotentiæ casum, scilicet deportationis, sicut & specificus casus noluntatis ad impotentiam trahitur, ac si generaliter esset dispositum, nam dilatio, quæ in fideicommissis ex mortis expectatione inducitur, hæredis vtilitatem continet, vt in *l. cum tempus. infra de regul. iuris.* sed in hæreditate cum à testatore proficiscatur, vt in *l. ex parte. infra de acquirend. hæreditat.* hoc non potest considerari, maximè, quia si expectaretur mors, posthumus interim præteritus rumperet testamentum, vt in *l. posthuma sub conditione. isto titulo.* & hoc expresse vult noster textus, quòd non solum in liberis, verum & in exteris in hæreditatibus verum erit, vt substitutus in mortis casum, statim si deportetur hæres succedat, licet aliud sit in fideicommissis, vt in *l. Statius Florus. in §. Cornelio Felici. infra de iure fisc.* quod not. ad intellectum supra dictorum: quia non ita explicant dd. nam & hic, vnus casus impotentiæ trahitur ad alium, & hæc quantum ad dictas leges, quibus conditio, quæ alicuius effectus ergò imponitur, impletur in æquipollenti.

33 Allegatur etiam ad hoc tex. *infra de condi. & demonst. in l. in conditionibus primum locum. in §. si patronus.* vbi legata sub ea conditione relicta, si patronus hæres non erit, non debentur patrono accipienti bonorum possessionem contra tabulas, licet per eam non efficiatur hæres, sed bonorum possessor, vt *de bonor. possessio. institu. in §. quos autem.* ea enim ratione videtur conditione imposita, quia si patronus hæres existat, minuitur portio hæredis grauati, quod etiam contingit, si bonorum possessor existat, vt patet, & ad istam rationem facit text. *infra de iure codicillo. in l. pen.* licet enim conditio hæc voluntaria sit, vt subsensit Acost. qui eleganter explicat, suo more, *illam l. in praesenti. pag. 196.* tamen imposita est certi effectus causa, nec se solam respicit, quod sufficit: ex quo apparet, regulam Bart. latius sumendam, vt supra diximus, & licet in illo text. videantur verba illa, si hæres ad bonorum possessorem trahi, non ratione effectus, sed quia ad patronum referuntur, qui nõ hæres, sed bonorum possessor esse potest: solũ enim est cognitus iure prætorio per contra tabulas: persona igitur ad quam verba diriguntur efficit, vt eo sensu verba capiantur, argum. *de vsu & hab. in l. plenum. in §. æquitas.* nec alio sensu capi possunt, quod *Cuma. Imol. & Socin.* probat ibi, & *Aret. in d. §. quos autem. Deci. C. de impub. & aliis l. post aditam. in col. 2.* & hic est optimus sensus ad illum textum vt verba capiantur, secundum interpretationem necessariam, sed imo quòd iure ciuili ibi succedere potuit, tenet *Polit. in Rubr. vulg. num. 32. & 33.* quia institutus fuit, aliàs enim non diceretur cohæres patrono, si diuerso iure solum succedere posset patronus, si non scriptus esset, argumen. *infra de bono. poss. contra tab. in l. sed cum patrono,* ideo fingi debet casus in patrono instituto, quo casu iure ciuili succedere potest, & hæres est, sicut exterus quilibet. *C. de hæred. instit. in l. extraneum* & in emancipato est tex. *infra de bon. poss. contra tab. in l. illud in §. fi. contra glo. fi. ibidem,* sed bonus est prior intellectus, quia non constat fuisse hæredem institutum, & cohæres dici potest, etiam si veniat iure diuerso: sed si fingas cum Polit. patronum institutum, quo pacto agit contra tabulas remedio, quod pręteritis est adinuentum, non institutis? hoc non declarat *Polit.* sed *Acost.* eleganter, *pag. 197.* qui fingit patronum minore portione institutum, quam lex ei concedit, quo casu, sicut præterito bonorum poss. contra tab. ei datur, vt *infra de bono. liber. in l. 3. in §. toties. & infra de bono. poss. contra. tab. in l. non putauit. in §. fi.* & sic, & iure ciuili hæres esse potuit patronus, hæreditatem adeundo, & bonorum possessor agendo contra tabulas, & tamen, quia idem repræsentatur effectus, conditio, si hæres erit, verificatur, si bonorum possessor existat, & non propriè voluntaria conditio dici potest, sed prætordinata ad certum effectum: ex quo apparet, illum tex. non probare singulariter id, ad quod allegatur, quod in materia stricta & conditionum, verbum hæres verificatur in bonorum possessore, nam id ita demum verum est, si id fieret ratione alicuius effectus, qui detur in bonorum possessore, sicut hærede alioqui à verborum formula recedendum non erit, vt in *dicta l. qui hæredi.* quod nota ad ea quæ ponunt doctores *infra de vulg. in l. 2. & Iaf. de actio. institu. in §. sed iste quidem.* nec me mouetit tex. *infra de lega. præstan. in l. si qui in potestate. in §. fi.* quem allegat *Deci. in d. l. post aditam 2. col. & Fort. hic col. 68.* nam ibidem speciali iure fit translatio conditionis à prætore: nam communi iure nemo dixerit impleri ibidem conditionem in persona alterius, quam scripti, vt in *d. l. qui hæredi.* & quod in *d. §. fi.* dicitur, quòd conditio de dando tertio, impletur dando filio, qui bonorum possessionem contra tabulas accepit, ea ratione constituto iure admissum est,

C. m. Acosta.

Contra Deci & Fortu.

est, quòd nec ex vi legari, nec conditionis im-
plendæ causa, testamento rupto per contra ta-
bulas, exterus capere potest., de quo vid. hic
eleganter *Acost. pag. 194. cum seq.*

Item not. *circa dictum §. si patronus.* quòd dd.
illum text. capiunt per contrarium: ille enim
text. non loquitur de existentia conditionis in
casu æquipollenti, sed in defectu conditionis,
quod prodest ad ampliationem nostræ regulæ,
quòd vbi conditio respicit effectum, non ver-
ba, sed effectus attendi debet, vt, vel existere,
vel deficere conditio videatur. Sed contra hæc
videtur text. *extrau. de rescript. lib. 6. in c. susceptum.*
vbi vacatio morte, vel renunciatione non sunt
paria. Sol. ibidem licet idem sit effectus quoad
vacationem, non tamen est quoad id, de quo
agitur, nam Papa ibidem intendit illi prouide-
re ea ratione, quod sola sua voluntate liberè,
cui velit prouidere non potest, quod cessat vbi
beneficiatus moritur: nam ipse solus pontifex
liberè, & sine consensu alterius prouidet, item
ibi Papæ concessio maximè nititur voluntate
renunciantis, quæ necessaria non est eo mo-
riente, & sic non est idem effectus, cùm vacatio
per resignationem fiat, non aliter nisi ei acqui-
ratur, in cuius fauorem fit renunciatio, vt in *l. si*
me in vacuam. in fi. princip. infra de acq. possessio. & l.
dominus testamento. supra de condictio. indebit. & in
l. si ego. si cert. petat. ex quibus dubia sunt, quæ ibi
ponit *Domi. num. 6.*

His expeditis, *Bart.* ponit latiorem distin-
ctionem, vt intelligamus, an dispositio facta
in vnum casum, trahatur ad alium, aut actus fit
per viam dispositionis, aut per viam conditio-
nis: dic vt per eum, sed in illo membro, quod
34 de simplicibus ponit, an casus mixtus conti-
neatur, non benè loquitur, nec dd. post eum
aliquid, posui *supra eod. l. si ita scriptum:* ideo hic
breuiter hoc explicabo, ibidem enim latius vi-
dere poteris, distinguit ergo Barto. in casibus
mixtis, aut materia continet fauorem, aut
odium: si fauorem, sub simplicibus casus mix-
tus comprehenditur, vt *supra eod. l. si ita scriptum.*
si odium, contra per eandem l. quæ de beni-
gnitate id inducit: ergo, in materia odiosa, cum
benignitas cesset, non comprehendetur, &
pro hoc alleg. *infra de adulter. in l. vim passam. in*
§. præscriptione. vbi præmisso, quòd accusandi ius
ex *l. Iulia de adulteriis.* quinquennio tollitur, *eod.*
titulo in l. mariti lenocinium. in §. quinquennij. quod
tempus in omnibus capitibus l. Iuliæ locum
habet, vt ibi, sic ergo incestus accusatio, quæ ex
eadem l. descendit, vt in *eod. titulo in l. si adulte-*
rium cum incestu. & stupri quinquennio tollitur,
sed pone adulterium cum incestu commis-
sum, an tolletur ius accusandi quinquennio,
text. vult quòd non, in *dicto §. præscriptione.* ex
quo colligit Bar. in materia pœnali sub simpli-
cibus non contineri casum mixtum, ego con-
trarium noto, quod etiam in materia fauorabi-
li sub simplicibus non continetur casus mixtus,
35 quod enim tollatur ius accusandi, fauor est, &
materia amplianda, vt *infra de pœnis. in l. si de inter-*
pretatione. & ita debet ille text. induci contra
dd. hic, & eos, quos refert *Tiraquellus post ll. connu-*
bial. in glos. 5. in numer. 71. nec me mouerit si di-
catur, quod in *dicto §. præscriptione.* sit odiũ præ-
scriptionis, quia reipublicæ interest, ne delicta
sint impunita, ideo vt fauor non excludatur, ibi
materia odiosa est censenda, vt nota. *de his qui*
not. infami. in l. 1. in §. exercitum. Deci. infra de reg.
iur. in l. 2. num. 109. Ias. supra eod. l. cum quidam. in
num. 26. illa enim regula procedit, quòd inter-
pretatio debet latè fieri, ne delicta remaneant 36
impunita, scilicet à principio, vt actus illicitus
non iudicetur licitus: vide quæ diximus latè,
lib. 1. harum interpretationum, in c. 12. per to-
tum: commisso tamen delicto, vt pœna iam
destinata euadatur, legem interpretari debe-
mus, vt in *d. l. si de interpretatione. & in l. absentem,*
& ita materia præscriptionis delictorum fauo-
rabilis est, ratio est, quia interpretari actum
punibile à principio, tollit occasionem delin-
quendi, quæ aliter interpretando sequebatur,
vt *supra de pact. in l. conueniri.* at, remissio delicti
ex causa superuenienti occasionem non præ-
stat, alioqui iniqua esset lex, quæ præscriptio-
nes delictorum admittit. *C. de fals. in l. querela,* &
hæc necessario procedunt, vt text. in *l. si de inter-*
pretatione. aliquo casu procedat. & vide, quæ di-
ximus supra in rubr. licet ibi per contrarium, &
non sine ratione fiat distinctio, vt in num. 5. 6.
& 7. *in dict.* ergo §. *præscriptione,* materia fauora-
bilis est, ideo autem sub simplicibus casus mix- 37
tus non comprehenditur, quia est grauior sim-
plicibus, & nunquàm fit extensio ad casum
grauiorem, nec valet argumentum de minori 38
ad maius affirmatiuè, & ideo si concedatur po-
testas legitimandi adulterinos, insuper & ince-
stuosos, licet videatur fauor, non tamen est ad-
mittendum, vt possit legitimare illos, qui vtro-
que vitio sint illegitimi, quia in nulla iuris par-
te reperitur, vt valeat argumentum de minore
ad minus affirmatiuè, esset enim interuertere
omnem dialecticam rationem, & efficere an-
tecedens ex consequenti: vide quæ diximus
supra isto tit. in l. in suis. in num. 14.

Præterea etiam, in odiosis sub simplicibus
continetur casus mixtus, vt in *l. si ita facta. infra*
titu. proximo, ergo illa distinctio Bar. non valet,
ideo distingue, vt dixi in *dict. l. si ita scriptum.* cir-
ca quam legem omissis, quæ verbosè *Fortun. col.*
48. cum seq. de quibus alij iudicent, notandum
est communem allegationem *l. si ita scriptum.*
rectè ibidem probari: nam testator filium so-
lum nasciturum instituere voluit cum matre,
vel filiam solam, non enim disposuit in eum
casum, quo filius & filia nascantur, quod pro-
cedet, & si sine distributione partium speciem
fingas, si filius mihi nascetur, cum matre hæres
esto, si filia, cum matre hæres esto, si ambo na-
scantur, ex dicta regula ambo instituti viden-
tur ex humanitate, vt ibidem, quia testator de
singulis diuisim, non de ambobus disposuit.

Itē fuit cōditio volūtaria, vt supra diximus circa
l. cōmodissime. in 6. intellectu, in n. 31. in qua nō effe-
ctus, sed forma cōsiderari debet, tamē humani-
tatis intuitu cōprehenditur tertius casus, in quo
autē humanitas versetur ibid. latius explicaui,
dic vt ibid. & ita expeditur hæc Bar. distinctio.

Sed contra hæc, quòd conditio necessaria
non adimpleatur in casu simili, nec sufficiat vt
idem sequatur effectus, oppo. secundum Bar-
tol. dispositio facta in casum, quo me mor-
tuo posthumus nasceretur, non trahitur ad spe-
ciem, in qua nascatur in vita, alioqui lex Vel-
leia superfluetet, & tamen idem est effectus, &
conditio necessitatis causa imposita est, ergo
non procedit dicta regula. Ad hoc *Bart.* re-
spondet, quòd ideo non extenditur de vno ca-
so ad alium prædicta dispositio, quia ante legē
Velleiam in eum casum testator disponere non
potuit, hodie autem cum possit, fortè contine-
retur secundum eum, sed Bart. in hac solutione
39 *Fallacia Bart.* errat in pluribus: primo vtitur fallacia quadam
qua etiam vsus est *supra in prin. legis, col. 2. nume-
ro 7.* quia ponit de dispositione legis, & re-
spondet de testatoris volūtate, vt enim clarius
appareat, sic oppo. Gallus Aquilius ratione ef-
fectus, permisit, vt testator ita disponeret, si fi-
lius meus me viuo morietur, tunc si quis nepos
post mortem meam mihi nascatur: sed idem ef-
fectus est, si nascatur posthumus in vita testa-
toris, cum similiter fiat suus, ergo remota ver-
borum formula, in ea etiam specie locum ha-
bet consilium Galli, sed hoc falsum est, quia
lex Vellcia superfluetet, sed tamen ad hæc re-
sponde, quod lex Velleia non superfluit, quia
benè facit hoc exprimendo, vt clarius hæc ma-
teria appareat, non tamen aliquid de nouo dis-
ponit, sicut nec Gallus, non enim ante eos de-
ficiebat ius, sed non rectè obseruabatur, vt su-
pra dixi in princ. legis.

Nunc transeamus ad testantis dispositionē,
qui verbis Galli vsus fuit, an illa sui dispositio
trahatur ad casum legis Velleiæ, Bar. dicit quod
trahatur, in quo errat, quia ista est quæstio, quæ
deciditur *in dict. l. commodissime*, in qua natus
in vita non cōprehēditur sub his verbis, si post
mortē meam, &c. quia conditio voluntaria est,
vt dixi in declaratione illius legis supra. nā con-
ditio, si filius me viuo moriatur, necessaria est,
vt nepos suus efficiatur, cōditio vero, si nepos
me mortuo nascatur, voluntaria est in illa adie-
ctione, me mortuo, vt supra ostendimus, nisi
adiicerentur illa verba infra decē menses, vt in
l. fi. C. eod. secundum intellec. Christoph. quia
tunc ex illis verbis mens defuncti colligitur, ex
qua ille casus comprehenditur, sed Bar. non
mouetur ex illis verbis. Item, in quæstione ista
agimus de mutatione casus in persona substitu-
ti non illius, cui fit substitutio, ideo non fit ex-
tensio ex dictis *Bar. supra in prin. legis, col. 3.* ita in-
telligētis *dict. an l. commodissime.* de qua supra la-
tius diximus, nu. 28. itē oppo. *Bar. d. l. cōmodissi-
me.* de qua supra latius actum est, nu. 25. cū seq.
& nota, quod errat *Bar.* segregādo istam oppo-
sitionem à præcedenti, cum eadem sit, vt dixi.

His explicitis veniamus ad singulos casus,
quos *Sceuola* fingit in nostro text. & quia *Bar.*
prius emancipationis casum declarat, eum pri-
mo loco expediemus.

Nota igitur, quòd emancipationis casus, & 41
mortis confertur ratione eiusdē effectus, quod
immerito fieri videtur, nam filius morte tolli-
tur de medio, nepotique defertur successio,
quia filius institutus succedere nō potuit, con-
trà vero in filio emancipato obseruandum est,
qui succedere potest, glo. sentiens hoc, respon-
det emancipatū succedere posse iure prętorio,
nō ciuili, quo mortuus cēsetur: sed errat secun-
dū Bart. quia emancipatus institutus iure ciuili
succedit, ad quod est tex. *infra de bon. poss. contra
tab. in l. illud. in § fi. contra gl. inibi,* & fac. *C. de hære.
inst. in l. extraneū.* nihil igitur promouet emanci-
patio, quia mutatio status, si ex mutatione non
inducitur diuersitas, difformitas iuris nō alterat
dispositionem. *supra eod. l. filio quē pater. in § fi.* &
dixi in princ. illius l. itē emancipatio est capitis
diminutio minima, vt *de capi. dim. instit. in § mi-
nima.* quæ nec libertatem perimit, nec ciuitatē
aufert, quo pacto ergo acquisitionem ex testa-
mento, qui iure ciuitatis defertur, aufert? vide
quæ notantur *infra de acqui. re. domi. in l. 2.* item
quo pacto emancipatio confertur morti, quæ
omnia soluit? item quo pacto deportationi,
quæ ea aufert, quæ emancipatio relinquit? vt *C.
de hæredi. institu. in l. 2. & in d. titu. de capi. diminutio.
in § maxima.* si igitur filius ab hæreditate eman-
cipatione non excluditur, quomodo nepoti
locus esse poterit, vt *infra de acq. hæred. in l. quam-
diu. & C. de impub. & al. in l. post aditā. Bar.* ad hæc
respōdet, quod substitutionū quædam fiunt in 42 *Intellec. Bar.*
hæreditate, in quibus requiritur, vt locus sit
substituto, vt hæreditatē institutus habere non
possit, vt dict. ll. quædam vero fiūt in suitate, in
quibus, vt substituto sit locus, solū requiritur,
quod institutus suus esse desinat, & de ista sub-
stitutione loquitur noster tex. in qua merito
mors, deportatio, & emācipatio conferūtur, cū
his omnibus similiter suitas perimatur, & cum
Bar. tenēt dd. secūdū *Ias. nu. 46.* in quo in primis
aduertendū est, Bart. in hac sentētia malè sibi
constare, licet dd. nō animaduertāt: vult enim
Bart. hæreditatē nō auferri ab emācipato, vt ex 43
eius oppositione patet, qui sentit eū succedere
posse, nec emācipatione deficere institutionē:
item vult locum fieri substituto nepoti, eman-
cipatione filij, vt tex. probat, quod tamen im-
possibile videtur, vt vtrique locus sit, sed *idem
Bar. infra de vulga. & pupilla. in l. 1. 2. effectu*, dicit *Alius intell. Bar.*
isto casu præferri substitutum instituto, vult-
que nō deficere institutionis casum, sed exclu-
di à substituto, in quo videtur contrarietas,
vult enim vt instituto sit locus, & vt excluda-
tur à substituto, si enim non deficit sua institu-
tio, nec intentione defuncti excluditur, quo
pacto excludi potest? imo per eū excludi sub-
stitutum

stitutum videtur: nec potest dici, filium sub ea conditione institutum videri, si in potestate permanserit, vt statim dicam: vt clarius autem hæc intelligas, sic oppono, dum locus est instituto, non est locus substituto, sed in præsenti locus est filio emancipato instituto, qui iure ciuili succedere potest, & succedit, cùm institutus repetiatur, sicut & extraneus institutus iure ciuili succederet, ergo nepos substitutus excluditur. Sol. hic institutioni locus nõ est, quia emancipatione filius excluditur. Sed opponitur, emancipatione non cessat institutio, quæ etiam in extraneo locum habet, vt in *l. extraneum. C. de hæredi. instituend.* & optimus tex. in *l. si qui hæres infra tit. proximo.* Solut. fallit vbi substitutus datur in suitatem, quia tunc institutio restringitur per substitutionem, veluti si Titium instituas, & si ante aditam hæreditatem Titius à patre emancipetur, ei Caium substituas: certè Titio emancipato, Caius admittetur, quasi ita videatur institutus, si non ante aditam hæreditatem à patre emãcipetur, patet, quia si in eum casum vocauit substitutum, voluisse necesse est institutum excludi, & hoc subsensit *Soc. supra de vulga. & pupilla. substitutio in l. 1. col. 47. aliàs 46.* qui dicit, quòd in publica disputatione respondit, quòd vbi substitutio est facta in suitate, vt in specie Galli, nec instituti, nec substituti admittuntur, nisi sui hæredes existant, & hoc sen-

44 *Alius intell. recentiorum. qui repr.*

serunt alij, quos hic refert *Fortun. col. 75.* & expressè *Carol. Ruin. num. 92.* qui volunt, substituto dato sub ea conditione, si institutus suus esse desierit, filins videri sub ea conditione institutum, si in suitate permanserit. sed hæc opin. est contra mentem Bart. & aliorum, qui sentiunt, etiam filio emancipato non cessare institutionem, licet ei præferatur substitutus, alioquin filius postea emancipatus, etiam posthumo non nato, excluderetur, quasi conditione institutionis, quæ suitatem respicit, deficiente, quod nemo dixerit: item ex substitutione non infertur conditio institutioni, alioqui nunquam transmitteretur hæreditas, dato substituto, quod tamen falsum est, & dd. omnes contrariam sententiam probant, *de vulg. & pupilla. in l. 1.* nec his obstãt leges quas recentiores allegant *infra de conditio. & demonstra. in l. aliquando. & de adimen. legat. in l. legatum.* quia in ademptione, non in substitutione loquuntur, de quibus latius dixi in quæstione illa, quam posui *supra in l. si filius hæres. in num. 15. cum sequent.* ideo hæ recentiorum opiniones non placent. Erit igitur hic casus, in quo institutionis gradus non euacuetur, & tamen substitutioni locus sit, quod nescio cui probari poterit: item, fingere substitutionem in suitate, somnia sunt, qua enim ratione per hæc verba, Si filius meus moriatur, nepoté ex eo instituo, in suitate, magis quã in hæreditate concepta dicetur institutio: mihi sanè nou fit verisimile. Remanet ergo difficultas, qua ratione *Scæuola* emancipationis casum morti comparauit, cùm emancipatione filius non desinat esse hæres, ideo substitutus nepos admitti non possit: item si nepos substitutus nõ sit hæres vocatus agnatione, rumpitur testamentum, ergo in vtrunque casum vertitur difficultas, sit, vel non sit nepos hæres: nam si sit excluditur filius, qui iure ciuili est hæres per institutionem, nec id emancipatione amittit, si vero non sit hæres, nepos agnatione rumpit testamentum: item si filius emancipatione excluditur, emancipatus contra tabulas bonorum possessionem agnascet, & testamentum corruet, & ita malum esset remedium Galli cum interpretatione Scæuolæ: item absurdum est, vt detur bonorum possess. contra tab. nullo præterito filio, vel descendente.

Quod timens *Paul. de Castro*, inquit, ratione huius contrarietatis, ambos simul admittendos, filium, & nepotem substitutum, sicut & aliàs *infra de hæred. insti. in l. si paterfamilias.* sed hoc non admittunt recentiores, qui dicũt hoc esse contra tex. *eod. titul. in l. cum in testamento.* sed in illa l. non fuit emancipatus filius, sed ex alio capite est falsa sententia Pauli, quia si filius emancipatus admitteretur, non esset bona æquiparatio mortis, quæ filium in totum excludit, sicut & deportatio: item hæc diuisio rusticorum more fieret, qui iuris præcepta ignorantes, hoc æquum bonumque putant, vt not. *supra de nego. gest. in l. Nesennius.* & dispositio *legis si pater*, exorbitans est, & ex iure constituto, ideo extra speciem suam non est trahẽda: ideo concursus vtriusque admitti non debet, imo in totum emãcipatum excludi, Doctores antiquiores senserunt. alio modo intellexit Aret. istum text. sentiens, quòd cùm substitutio ex necessitate facta videatur, ne posthumus præteritus testamentum rumpat, eaque necessitas versetur filio emancipato, sicut & mortuo, ipse nepos admittatur, vt suam legitimam vendicare possit, cætera emancipatus obtineat, quod retulit *Soci. in dict. l. 1. de vulg. col. 45.* sed hic intellectus non differt ab intellectu Pauli, nisi quoad augmentum, vel diminutionem portionis: itẽ diuinat ad nostrum tex. & non rectè emancipatio morti conferretur, quòd filij morte nepos solidum capit, non autem emancipatione, & contra istum intellect. faciunt quæ diximus *supra eod. in §. quidam rectè. in nu. 6.*

45 *Intellec. Paul. de Castro. qui repr.*

Intellec. Areti. qui repr.

Aliter huic difficultati respondet *Rapha. Cuma.* qui vult, emancipatione filium excludi, & bonorum possessioni contra tabulas locum esse, per quam ab emancipato testamẽtum rumperetur, nisi anni spatio omittatur, rupto autem testamento, nepos cum patre admittetur, vt *infra de coniungend. cum emancipa. lib. eius. per tot.* sed hic intellect. procedere non potest, quia si filius institutus reperitur, nec vlla ratione excludatur, quare contra tabulas bonorum possessione agere poterit institutus, vt notanter obseruat *hic Acost.* item tota structura huius legis est erecta, vt testamentum non rumpatur, vt ex omnibus eius §§. apparet, quæ ex Scæuolæ

Intellec. Raph. Cumæ. qui repr.

uolæ interpretatione cum Gallo ipso in fastigio, seu acroterio eius posito corrueret, etiam nullo ex liberis præterito.

46 *4. Intel. aliorum qui repr.* Alio modo istam difficultatem soluit *Ias. & alij recentiores, Soci. in dict. l. 1.* & refert *hic Fort. col. 75 in principio*, quòd in præsenti similis sit casus emancipationis, & mortis, quia omnimodo excludit filium emaocipatio, nec habeat contra tabulas bonorum possessionem, cum facto suo excludatur, cùm se emancipari patiatur, sciens sibi in suitate factam substitutionem, vel hoc cogitare debuisset, sed hęc leuia sunt, vt filius excludatur: finge enim ignorasse patrem testatum fuisse, finge inuitum emancipatum, casibus *insti. quib. mod. ius patriæ pot. solui. in §. fi.* ideo hæc solutio non est bona.

47 *Intellec. Fort. qui repro.* Alium intellectum posuit *Fortu. col. 77.* sibi satis æquus, & immerito sanè, qui importunè, vt solet, & confusè sibi intellectum Commens. vsurpat, dicens, nepotem cum emancipato simul admittendos, non ex substitutione, sed institutionis iure, de quo vult loqui tex. nostrum & ad hoc inducit tex. in princip. legis ibi, institui, & in singulis §§. huius l. fingit speciem sanè ridiculam, qua nepos videatur institutus, si filius emancipetur, vel suus hæres esse desierit, eoque emancipato, simul nepotem cum filio ex institutione admitti, de cuius intellectu, vt alij iudiceot relinquere possemus, nullus eoim falli poterit. quis enim non videat tex. ponentem casum, si filius meus me viuo morietur, &c. *supra eod. in princ.* & eo casu, quo moritur filius, substitutum nepotem admitti, solumque succedere? quare ex eisdem verbis emancipato filio, cum idem iudicetur effectus, nepotem in cooiunctionem vocauit, itemque similitudo inter emancipationem, & mortem, cum altera solum nepotem admittat, altera vtrosque coniungat: at, ipse gloriatur, successionis ex testamento formam iouenisse, quæ successionis ab intestato formam sequatur, quasi non idem in Pauli intellectu contingat, & sua inuentio rideoda non sit, & contra intellect. Fortunij, qui sine controuersia corruit, vid. quæ diximus *supra eod. §. quidam rectè. nu. 21. 22. & 23.* quia ibidem quoddam simile tentauit.

48 *Intellec. Salomonij qui defenditur.* Alium intellectum ponit *Marius Salom.* hic quem posuit Ias. licet ab eo recesserit, quod sic fingatur casus, filium meum instituo, & si filius meus & nepos me viuo morietur, pronepotē posthumum instituo, &c. pone filium mori, vel deportari, præcedenti nepotis morte, admittetur pronepos, vt in §. præcedenti, in vltimo responso, ad quod hic tex. referri debet: sed quid si nepos non decesserit, sed emancipatos fuerit, an sit pronepos admittendus, & respondet *Scæuola*, quod omnes hi casus sunt admittendi, & hic intellect. sic explicatus planè procedit, cum per omnia in specie proposita, quantum ad ius ciuile similis sit morti emancipatio, nec enim præcedit nepos suitate prooepotem, quia eam emaocipatione amisit, nec vocatione ex testamento, quia præteritus fuit, non institutus, secundum speciem §. præcedentis, & licet istum intellect. reprehendat *Acost. pag. 91. in fi.* ex eo scilicet. quòd in §. præcedenti ponuntur duæ species, prior, & posterior, ideoque non sit ratio quare magis ad vltimam referatur, tamen satis cum ratione ad vltimam specię debet referri, quia noster text. loquitur de morte, vel aquę & ignis interdictione filio contingente, at, cū loquitur de emancipatione, ad nepotem transit, & ista species fingitur in §. præcedenti, in fi. in qua sunt quattuor personæ, testator, filius, nepos, & posthumus nasciturus pronepos: filius institutus, qui moritur iam emancipato nepote præterito, quo casu emācipatio nepotis rectè morti cōparatur, & secundū istum intellectū, nepos numquā obtinuit primū gradū, nec fuit suus hæres, ideo eius præteritio rectè admittēda est, & certè iste intellect. satis placet, & potest sustineri, licet non comprehendat omnes species positas in §. præcedenti, ideo *Acost.* subtiliter sanè assignat alium intellectum. *Contra Acostam.*

49 *Intellec. Acost. qui defenditur infra.* Alius ergo intellectus Acostę est, vt fingatur casus secundum species omnes præcedentis §. secundum vltimam, vt *Mari. Salo.* intell. secundum primam: isto modo, testator, non habeos filiū, sed nepotē in potestate, ita dixit, si nepos me viuo moriatur, tunc si quis mihi ex eo pronepos, & cætera. contingit eum non decessisse, sed emancipatū fuisse, admittitur pronepos, & emācipatio morti rectè cōparatur, quia ea suus & hæres efficitur pronepos, nec obstat nepos emācipatus, qui institutus iure ciuili succedit, quia in specie proposita fingimus eum præteritum, nec obstat, quod fuerit suus tempore testamenti, ideoque præteritio eius testamentum nullum reddere videatur: quia vt ipse latius ostendit, præteritio sui hæredis nati, qoi filius non sit, non vitiat testameotum: lex enim inter cætera istius tit. solum in filio locum habet, vt est expressum in §. *in omnibus his speciebus.* cuius opinio licet sit noua, & à solo Ioan. Imol. ante Acost. tentata, vera est, quam ita clarè & eleganter probat, vt non sit pręcium operæ hic referre, cum in eo elegantius perspici possit, diximus *supra in l. 2. in numero 21. cum sequentib.* vbi ex libello Vlpiani probauimus Costæ opinionem. Iste igitor intellectus differt ab intellectu Salomonij, quia secundum intellectum Salomonij, ponitur casus in specie posteriori §. præcedentis, secundum istum, ad vtramque speciem noster text. refertur: denique, siue ponas filium viuere testamenti tempore, siue decessisse, nepotemque suum hæredem esse tempore testamenti, eius emancipatio merito morti comparatur, quia non impeditur pronepos eius suitate, qoam emancipatione amisit, nec successione, quia institutus non est.

Sed contra hæc instat *Carol. Ruin. numero 93.* reprobando intellectum Marij, quem Ias. posuerat, dicens, secundum istum intell. ma-

lè

lè prouisum fore à Scæuola. nam cum emancipato præterito detur bonorum possessio contra tabulas, rumpetur testamentum, ad quod defendendum, est inuenta tota hæc lex: sed his responderi potest, quod *Scæuola* non habuit rationem iuris prætorij, paret *infr. in §. omnibus.* ibi, in potestate,] item non euacuatur per contra tabul. institutio istius posthumi, immo conseruatur, per *totum, de legat. præst.* vt *eod. titul. in lege Saluius Iulian. & in lege quarta, & infr. de bonorum poss. contra tabul. in lege filium, in §. final.* maximè, quia vt apparet ex *dict. §. omnibus.* intentio huius legis est, vt testamentum nullum non sit, vel rumpatur ipso iure, nec attenditur, quòd possit ex post facto ad intestati causam perueniri, quæ ex his, quæ diximus in *dict. §. in omnibus.* clarius apparebunt.

Aliter hoc euadit *Acost. pag. 117. cum sequent.* qui tenet bonorum possessionem contra tab. ad causam intestati non reducere dispositionem defuncti. de quo vide per eum, quantum enim ad effectum nostræ materiæ, nihil interest, cùm conseruetur portio ex *tit. de legat. præst.* item iuris prætorij ratio non habetur, vt in *d. §. in omnibus*

50 *Alius sensus huic tex. nouiter assignatur.*

Ex his quæ dicta sunt ego assignabam, aliàs nouissimum intellectum ad nostrum textum, quo noster textus generaliter, & sine difficultate procedat, vt casus emancipationis morti comparetur, siue emancipatio contingat in persona filij, siue nepotis, ne interpretatio Scæuolæ, in qua maximè Galli responsi habuit rationem, ad id non possit adaptari. cum intellect. Salomon. nec Acost. in filij emancipatione possit verificari. Finge igitur sic conceptam institutionem, filium meum hæredem instituo, & si filius meus me viuo morietur, &c. siue in nepote, & pronepote, siue filio nepote, & pronepote, emancipato filio, nepotem posthumum hæredem fore, & idem nepote emancipato, si quæstionem fingas in pronepote, nec obstat emancipatum hæredem fore iure ciuili, & sic non rectè mortuo comparari: quia respondeo emancipatione amittere suitatem, ad nepotem vel sequentem in gradu transire, qui cùm sit suus, præteritusque, primo gradu reperiatur testamentum, incipit à gradu, *supra eod. l. 3. in §. final.* latè *Bartolus infra de vulga. in lege prima in secundo effect. substitution. vulgar.* denique emancipatus succedere non potest, cùm gradus in quo institutus est rumpatur, habebit tamen contra tabul. bonorum possessionem, non contra primum gradum, quia iam nullus est, & in eo institutus est; sed contra secundum, à quo præteritus est, nec admittentur simul, quia ambo in eodem gradu instituti non sunt, sed alter in eo est præteritus, in quo alter est institutus, & è contrario: sic ergo emancipatio non immerito morti comparatur, ex ea enim desinit esse suus sicut morte, & desinit esse hæres, quia cùm per emancipationem fiat locus sequenti tamquam suo, rumpitur primus gradus, quo ipse institutus fuerat, nec obstat si per contra tabulas testamento damnum fiat, quia hoc in consideratione non est, ex his quæ suprà diximus. & sic quod gloss. in præsenti vult, emancipatum iure prætorio admitti, verum est, per contra tabulas, contra secundum gradum, à quo incipit testamentum, à quo secundus præteritus est. non enim adire potest ex primo gradu, nec secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere, cùm gradus in quo institutus erat, nullus effectus sit agnatione posthumi per emancipationem, scilicet præcedentis eum, quod subsensit *Alexand. num. decimo tertio,* & ideo *Bartolus* non rectè reprobauit glossam, 51 *Contra Bar.* & iste videtur verissimus huius legis sensus, secundum quem in filio, & nepote potest fingi casus: & quamuis *Scæuola* in emancipatione fecerit transitum ad nepotem, 52 non tamen ea ratione id fecit, quod in solo nepote emancipationis species possit verificari, sed vt ostenderet singulos casus singulis personis posse adaptari, & cùm omnes tres casus similitudinem per omnia obtineãt, eundemque effectum producant, sat fuit alium alij personæ, alium alij adaptare, vt omnes singulis tribui viderentur, & sic variauit casus, non ex necessitate, sed comprehensionis & doctrinæ: ergo & secundum istum intellectum comparatio mortis, & emancipationis in omnibus totius legis speciebus hucusque propositis locum habet, nulla facta distinctione, substitutio fiat in suitate, vel hæreditate: id enim dd. ex suo capite inuenerunt, nec aliqua ratione fulcitur: ideo quod sequitur in Bart. vtrum per substitutum vulgarem tollatur suitas, vt fiat distinctio in hæreditate, vel suitate fiat substitutio, nihil est. quia non fit in ll. talis distinctio, quinimmo indistinctè substitutione non tollitur suitas, vt dixi in quæstione, quam posui *supr. eod. l. si filius hæres.* sed licet hic intellect. mihi aliquando placuerit, & eum verissimum existimauerim, nunc tamen omnino displicet: primo, quia cùm in specie proposita ab initio institutio filij valuerit, & ita primus gradus ab initio subsistat, non potest à secundo gradu incipere testamentum, sed rupto primo agnatione posthumi, rumpitur & secundus gradus, vt in *dict. l. 3. in §. final. supr. eodem.* item non satis esset prouisum per legem, si testamentum subiaceret bonorum possessioni contra tabulas, sed nunquam euadi potest bonorum possessio contra tabulas, cùm non filio soli, sed omnibus liberis præteritis competat, vt *in lege 1. & in l. 3. & l. illud, infr. de bonor. poss. contra tabul.* ideo verius est in tota ista lege iuris prætorij non habitam esse rationem, & ita omnino magis placet cum Mario Salomonio, vt loquatur text. in posthumo,

pronepote

pronepote, sed vt intelligit *Acosta*, mortuo filio tempore testamenti,& præterito nepote,& est verus intellectus, in quo licet rumpatur testamentum, id non est de iure ciuili sed prætorio,& denique conseruantur portiones liberorum,*per tit.infra de lega præstand.bono.possess.contra tabu.peti.*& vide *Alcia.lib.3.Paradoxo c.9.*licet nihil noui adducat.

53 Vlterius oppo.glos.& Bar.contra istam partem in quantum tex.mortem,& emancipationem confert: nam emancipatus non differt à suo,vt *de hæredi.ab intesta.venien.in §.nullam vero. & in §.1.colla.9.* sed his respondet glo.quòd nihil interest à suo emancipatus nullo facto testamento, at, testamento condito maximè distant. ex hac glo.notandum est primum,hodie sublatam esse differentiam emancipatiõnis, & patriæ potestatis,secundum id procedere nullo condito testamento,primũ sequuntur commu.omnes scribentes,præter *Carol. Rui.nu.94. Lancel.Crot.& Fortun.*qui probant,non esse sublatam differentiam emancipationis , & suitatis, seu patriæ potestatis. ad text.dict. aut. respondet Carol.quòd in illo text. solum agitur de tollenda differentia agnationis, & cognationis iure antiquo constituta, non etiam emãcipationis,& patriæ potestatis, quod sequutus est *Alcia.Paradox.lib.3.c.10.* & de emancipatis, quod dicitur ibi. iure prætorio,] intelligitur. quod ibi quidẽ refertur,non autem ius nouum inducitur,quod autem *in dict.§.nullam.* tollitur differentia emancipationis,& patriæ potestatis, in successione transuersalium procedere existimat, quibus emancipatus cognatus est , non agnatus. ad *l.meminimus. C. de legi.hæredi.* quæ pro contraria parte allegatur,vbi dicitur,quod emancipati succedunt ad similitudinem suorum, respondet, quòd verum est, quia prætor eos vocat, sicut lex ciuilis suos, ideo ad similitudinem suorum succedunt,vt *infra de bono possess.contra tab.in l.1.in §.vocantur,*& ita illa lex secundum eũ,in successione descendentiũ nihil de nouo inducit,sed certè opi. cõmu. vera est, quòd sit sublata differentia emancipationis,& patriæ potestatis,tam respectu successionis,quæ ex superiori linea defertur, quàm eius quæ ex latere, quod apertè probatur, *in §.si quis igitur. dict.aut.de hæred.ab intest.veni.cum §.*ibi, disponimus,]& ibi,suæ potestatis,]vbi in descendentibus loquitur, siue fint ex fœminis,& sic in cognatis,qui sui iuris sint respectu eorum,de quorum successione agitur,siue sint sui, siue emancipati,& pro hoc *dict. §. nullam vero.* vbi (licet imperator postea de successione transuersaliũ loquatur) ponitur regula generalis , quam in omni successionis specie locum habere vult: quod autem opinio prędictorum Carol.Crot. Lancel.Fortu. & Alcia. sit falsa, probatur, vel ipsorum proprio fundamento : volunt enim ipsi,vt sublata sit differentia agnationis, & cognationis, non emancipationis,& patriæ potestatis,quasi emancipatus à suo in alio, quam in

Contra recentior. defenditur commun. opin.

agnatione differat . emancipatus enim filius cognationem habet,non agnationem,sed eam habet filius qui in potestate est, quam si emancipato concedas, nihil à filio in potestate distabit , agnatio enim emancipatione perimitur, non cognatio, vt *insti. de capi diminu. in §.quid autem. & supra eod.tit.in l.nam cætera & infra de suis & legiti. hæredi. in l.capitis diminutione.* cognatio enim est nomen naturæ, agnatio iuris , *vt infra de gradibus. in l.iurisconsultus. in princ.* ergo sublata agnationis, & cognationis differentia, sublata erit & emancipationis, & patriæ potestatis , quod enim in filiis agnationem non considerari, & ex filiatione, non agnatione vocari, *Carol.* vult, falsum est, vt *infra de legitim. hæredi. in l.filius patri,* vbi inquit text. filius patri proximus agnatus est.] & facit *infra de successo.edict. in l.2.in §.sed videndum.* sic agnatio cum filiatione facit quem esse suum, si primum locum obtineat, filius ergo emancipatus non differt à suo nisi in agnatione, cognationem enim habet. sublata igitur differentia agnationis, & cognationis, erit,vt diximus,sublata suitatis, & emancipationis:& facit *instit.de hæredit. quæ ab intest. defer. in §.admonendi.* item correcta ratione legis, correcta videtur legis dispositio, vt notat. *supra de legi.tut. in l.1.& c. de puellis 36.quæst.2.* text.est *extrau.de seru.non ordi.in c.miramur.* facit *extrau.de constitu.c.translato sacerdotio.* Sed ratio quare l. ciuilis non agnoscit filium emancipatum est, quia extra familiam vel agnationem est. Facit *supra eod. l. in suis. & ll.supra allega. infra de suis & legi. hære.in l. capitis diminutione:* sublata igitur agnationis, & cognationis differentia,erit sublata emancipationis & patriæ potestatis, quorum discrimen hac ratione,& fundamento nitebatur:præterea pro commu.facit tex. *in dict.l.meminimus.* qui dicit succedere emancipatos ad similitudinem suorum, & licet idem dicat illa lex, quod prætor edixit, maiori tamen cum potestate, vt *de bono.possess.in §.quos autem.* ideo idem verbum à prætore & lege ciuili pronunciatum diuersos producit effectus, vt rectè obseruauit *Acosta in præsenti.* item in hac similitudine lex ciuilis addit *in dict.l.meminimus.* ergo hoc totum legi ciuili tributum,vt *supra de insti. & iur. l.ius autem ciuile.* & ita tenenda est commu. opin. quod sublata sit differentia emancipationis , & patriæ potestatis,etiam iure ciuili.

Quoad secũdum, vtrum indistinctè sit sublata differentia emancipationis,& patriæ potestatis,vel ita demum si conditum non sit testamentum, quæst.est,glossa tamen sequitur hoc vltimum hic, & *C. de collationi. in l.si emancipati. Bar.*hic alleg. glossas contrarias, mihi autẽ verius videtur,simpliciter sublatã videri prædictã differentiam,siue conditũ testamentum sit, siue non sit, quod contendit probare *Igne. C. de libe. præter. aut. ex causa numer.19.* ad quod facit nor.per Bart. hic,qui sentit contra nostrã glos. quia qua ratione,ab impugnando testamẽtum 55

ille,

ille, qui ab intestato non succedit, excluditur, eadem filius, qui ab intestato iure ciuili admittitur, vt filius contra testamentum iure ciuili habebit remedium, licet enim verba legis in intestatorum successione disponant, tamen in consequentiam ad testamentorum oppugnationem sunt trahenda, cum successio contra testamentum à successione ab intestato reguletur, vt *infra de bono. poss. contra tab. in l. 1. & regula, quæ ponitur instit. de hæredit. quæ ab intestat. defer. in §. eadem.* etiam conuertitur in his, qui tamquam liberi ab intestato succedunt, quod autem iure ciuili emancipato præterito remedium competat, dubium est, & puto cum eo iure censendum, quo nepos vel filia censetur: his enim præteritis testamentum iure isto nullum non est, vt probat *hic Acost.* sed querela opus est, vt diximus, supra in §. præcedenti: huiusmodi ergo remedio iuris ciuilis præteriti emancipati vtentur, vel saltem condictione ex l. vtili quæ ex mente, non ex verbis d. aut. orietur, & hæ planè procederent, nisi per *l. C. de lib. præter. l. maximum vitium.* tolleretur differentia inter liberos constituta, per quem nepote vel filia præteritis nullum est testamentum, vt in fine textus probatur, nec præteritio aliqua paterna iam vim exhæredationis obtineat, ideo puto testamentum hodie, quo emancipatus filius præteritus sit, nullum esse: sublata est igitur hodie indistinctè differentia emancipationis, & patriæ potestatis.

Et ex his apparet, emancipatum filium, nepotem ex se genitum suum hæredem excludere, quia ab intestato non succedit, quod *Bar. & dd.* fatentur: ideo hodie tex. noster non procedit, nec est similis casus mortis, & emancipationis, cum per emancipationem filij non fiat nepoti suo locus: cum enim ab intestato nepos successurus non sit, patre suo emancipato eum excludente, testamentum præteritus nepos non rumpet, secundum Bart. & dd. hîc. & fac. quod ipse notat *infra ad senatusconf. Tertul. in l. fin. in §. fin. in num. 5.* ideo cessante necessitate institutionis nepotis, casus mortis emancipationem non comprehendet.

Sed redeundo ad ius antiquum nostri text. finge emancipatum filium à patre, postea fuis-
56 se arrogatum, vtrum obstet nepoti, suo hære-
di semel effecto: gloss. tenet quòd non per tex.
infra si tabul. test. null. ex tab. in l. 1. in §. si quis filium. quod dd. intelligunt, si simpliciter arrogetur, non si in locum patris huius nepotis, vt *infr. de contra tab. in l. 1. in §. pen. & in l. 3. in §. 1.* quo casu nepotis cõsensum puto necessarium, argum. *de adopt. supra in l. cum nepos.* vbi inquit *Paul.* cum nepos adoptatur quasi ex filio natus, consensus filij exigitur: idque etiam Iulian. scribit.] cum ei fiat præiudicium, aufertur enim ei suitas, & hæreditas, vt patet, & licet dicta l. 3. videatur prædictam distinctionem non admittere, tamen intellige, vt per *Acost. hic pag. 87. in Franc. Sarmient.* *fin.* cuius clara est responsio: nam licet quæstio illius text. generaliter proposita sit in eo, qui adoptatur, non in eum casum quo in locũ patris nepotis adoptatur, tamen restringitur in *vers. quod ita*, vbi quæstio declaratur, & non deciditur ibi, sed in vers. melius est. sic ergo adoptio filij nepoti non nocet, secus autem in restitutione erit, si filius deportatus restituatur, tunc enim nepoti obstabit, vt *infra de bono. poss. contra tab. in l. 1. in §. fin.* secundum gl. hîc, cuius discriminis ratio est, quia restitutio in pristinum statum reponit, non etiam adoptio, quæ ad acquisitionem de nouo, non recuperationem fit, vt patet.

Sed contrà, adoptio filij proprij restitutionis vim obtinet. *supra eod. l. filio quem pater.* Solu. ille text. non obstabit, si quæ ibi scripsi, videas. Item, quia licet adoptio restitutionis vim obtineret, non tamen quæsitum alteri ius auferre potest, vt infra in restitutionis materia dicetur: circa quod notandum est, quòd deportatione, vel aquæ, & ignis interdictione, amittit quis ciuitatem, *de capit. dimin. instit. in §. minor.* emancipatione vero agnationem, vt *de hæreditatibus quæ ab intesta. in §. admonendi.* deportatione itaque filij nepoti non acquiritur ciuitas, cum illud ius haberet prius cum patre, ideo filio restituto redditur ciuitas, quæ nulli priuatiuè est acquisita, & in consequentiam omnia alia, in quibus quod nepoti in consequentiam fit præiudicium, non consideratur, at, emancipatione filij nepoti suitas acquiritur, & id, quod alter amittit, principaliter alij confert, vt *infra titul. 1. in l. posthumorum.* ideo etiam restituto in potestatem filio, tolli nepoti suitas non potest, restitutio igitur confert ciuitatem à nullo præoccupatam, sed adoptio non tollit suitatẽ alij quæsitam: similia igitur sunt emancipatio & deportatio, non tamen eorũ contraria adoptio, & restitutio, argum. contrà *infra de leg. 3. in l. fin. in §. fin.* sed hîc est diuersa ratio, vt diximus, vel dicere possumus, quod similia sunt quantum ad principalem vtilitatem, non quantum ad accessoriam.

Nunc transeamus ad casum aquæ, & ignis interdictionis, in cuius locum deportatio successit, vt *infra de pen. in l. 2, & infra ad l. Iul. pecula. in l. 3.* vbi inquit *Vlpianus*, peculatus pœna aquæ & ignis interdictionem, in quam hodie successit deportatio, continet. olim autem aquæ & ignis interdictionis pœna statuta erat, qua homines grauia facinora perpetrantes punirentur, nam digestorum tempore ex nullo ferè delicto vltimi supplicij pœna imponebatur, nefasque habebatur, homines quamuis nequam interimere, nam nec pro adulterio, nec pro homicidio, nec pro crimine falsi mortis pœna erat constituta, sed postea ab imperatoribus passim vltimi supplicij pœna constituta est, vt *C. de episcopal. audien. in l. 3. & C. de adult. in l. quamuis.* interdicebantur autem aqua & igni, vt ex hoc capite multati viderentur: his enim vi-

tam constate, vt fusiùs prosequitur *Bud. supra de donat. inter virum & vxorem in l. penultima.* vbi probat, die nuptiarum aquam & ignem accipi fuisse solenne, alterum quasi masculinum elementum, alterum quasi fœmineum, quæ damnatis interdicuntur, quod in patricidij crimine durius executioni mandatur, *de publ. iudic. Institut. in §. alia.* deinde huic interdictioni, secundùm Ias. maximè excommunicatio assimilatur, vtpote, quæ humana consuetudine,
57 siue consortio illa affectos prohibeat, sed hæc comparatio, si ad animam conferatur, per omnia vera est: impedit enim consortium cum fidelibus, quia excommunicatus non est particeps Sacramentorum, sed si ad actus prophanos referatur, nihil commune habet cum aquę & ignis interdictione: habet enim ea quæ sunt ciuitatis excommunicatus, testatur enim, & contrahit, vt patet ex *Bartol. supra de testamen. in l. si quæramus, & ex Galliaul. hic in princip.* hæc autem ignis, & aquæ interdictio antiquata est, & in locum eius deportatio est inuenta, quæ sicut & illa ciuitatem aufert, vt *supra de capit. diminu. in l. amissione, & eodem titul. institut. in §. minor.* ideo nostri mortem ciuilem appellant, ciuitati enim decessit, & ciuilitatem amisit, mors igitur hæc naturali morti confertur, si de his quæ ciuitatis sunt agamus. patria enim potestas, & suitas iura ciuitatis sunt, vt *institut. de patr. pot. in princip.* & ideo si ciuitatem filius amittat, locum facit nepoti in suitate, & hæreditate, vt *infra de bono. possess. contra tab. in l. 1. in §. fin.* pleniusq. mortem naturalem refert, quàm emancipatio, ideo cessant in ea difficultates, quæ in emancipationis specie supra sunt expeditæ: in materia tamen nostra, vtriusque eadem est vis, cum idem per omnia repræsentetur effectus, morte, emancipatione, & deportatione, vbi autem nōn idem repræsentaretur effectus, nō similis esset deportatio morti, ideo si quis post mortem suam hæreditatem restituere iubeatur, deportatus restituere non tenetur, sed mors naturalis expectanda est, nec enim venit dies fideicommissi, vt supra diximus in specie. text. *infra de legat. 3. in leg. fideicommiss. in §. si cui ita.* facit. *infra de iuris fisc. in leg. Statius Florus, in §. Cornelio Felici.* & idem si damnatus sit in metallum cum *Acosta hic pagin. 33.*

58 Videamus igitur deportationis effectus, & quæro, vtrum deportatus electione à defuncto concessa vti possit, si Titio ius eligendi testamento concedatur, posteaque deportetur, vtrum hoc ius deportatione amittatur, in quo Bar. & Doctores per text. ibi. *infra de legat. 2. in leg. cum pater, in §. hæreditatem.* tenent deportatum non amittere ius eligendi, sed id posse exequi, durante etiam deportatione, hæreditatem filius, inquit *Papinianus*, cum moreretur filijs suis, vel cui ex his voluissent restituere fuerat rogatus, quo interea in insulam deportato eligendi facultatem non esse, pœna peremptam, placuit, nec fideicommissi conditionem ante mortem filij hæredis existere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, cum de aliis eligendi potestas non fuerit.]

Nec obstat quòd *Acost.* vult, post *Fortun. pagin. 35.* facultatem eligendi deportatione non peremptam, sed suspensam, vt restitutus eligere possit, quia nec suspensa est talis facultas, vt ex tex. probatur in fin. qui vult, decedentem in deportatione de eis solis eligere posse, qui eo tempore vixerint. non ergo illa facultas ad tempus restitutionis de qua ibi nulla fit mentio, refertur, nec textui illi potest aliqua dari verisimilis responsio: item pro hoc *infra ad Trebellian. in leg. ex facto. in §. si quis rogatus 2.* vbi inquit text. Si quis rogatus fuerit filiis suis, vel cui ex his voluerit restituere hæreditatem, Papinianus lib. 8. responsorum etiam deportato ei tribuit eligendi facultatem, cui liber factus fideicommissum restitui velit.] Ecce vbi deportato tribuitur facultas eligendi, ergo non est suspensa potestas, alioqui quæ esset eius facultas: item facit quod idem textus in fin. dicit, quòd deportato decedenti datur eligendi facultas. loquendo enim de seruo pœnæ inquit, sed cum decedit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet.] ergo in ipsa deportatione eligendi est facultas, licet Acosta dixerit, quòd deportatione suspendatur facultas eligendi, quousque à principe fuerit restitutus, & sic deportationem non perimere, sed impedire, & pro hoc inducit, quod dict. text. dicit in §. *si quis rogatus.* ibi, cui liber factus, id est restitutus, secundum eum, & inducit text. *infra de condit. & demonstra. in leg. intercidit.* vbi deportatio suspendit conditionem, non perimit, sicut damnatio in metallum perimeret, quod & probat *ipse Acost. lib. Selectar. interpreta. 2. c. 24.* sed verior est commun. opin. vt interim etiam dum est deportatus eligere possit, cui velit restitui fideicommissum, si liber fuerit factus scilicet à pœna, vel morte, secundum intellectum aliquorum, vel restitutione, cum Acost. in hoc, valebitque electio, sed quia fisco ius est in his rebus quæsitum, non potest statim fieri restitutio, sed expectatur dum liber fiat, vel moriatur, vt *ibidem, & de iure fisc. in leg. Statius Florus, in §. Cornelio Felici.* quia fuit rogatus post mortem restituere, nec hoc continet diuinationem, cum in responso *Papiniani in dict. §. hæreditatem.* quod refertur *ibi in dict. §. si quis rogatus.* hoc expressè continetur, neque obstat text. *infra quæ in fraud. credit. in leg. patrem, & C. de fideicommiss. in lege post mortem*, vbi statim ante mortem potest fieri restitutio, quia fallit vbi alteri sunt bona iam quæsita quoad dominium, & ideo non procederent dictæ leges in casu. *infra de acquir. hæredit. in lege placet.* si institutus in illis legibus esset filiusfamilias: deportatus igitur eligere

Contra Acost. & Fortun.

Nouus sensus l. patrē quę in fraud. credi.

gere potest, nam vt benè defendit Acost. con-
tra Fortun. hæc electio facti est, ideo depor-
tatus eam exercere non prohibetur. facit tex.
in *leg. si seruus, aut filiusfamilias, infra de verbor.
obligation.* sed arbitrari est iuris, ideo non ca-
det in eum, vt in *leg. illa verba. infra de verborum
significatio.* nec obstat *dict. lex, intercidit*, quia lo-
quitur in conditione cum deportatione in-
De intel. l. intercidit. compatibili quæ iuris est, ideo interim, dum
deportatus est impleri non potest, non sic in
dicta electione, quæ facti est: nec obstat ar-
gum. Acost. quòd deportatus conditionem
implere non possit ea ratione, quia mutatur
status, ideo videtur ei electio interdicta ex
verisimili testatoris voluntate. *infra de solut. in
leg. cum quis, & in leg. si cum Cornelius.* arguen-
do de adiectione ad conditionem, vt iuris-
consultus argumentatur. *infra de condit. & de-
monstr. in leg. qui heredit. versic. quemadmodum.* id
enim argumentum procedit vbi mutatur sta-
tus illius, in cuius persona conditio debet ad-
impleri, quo casu vel impeditur implemen-
Intellect. non. l. intercidit. tum, vt *ibidem, & in dicta leg. intercidit.* quæ
sic potest intelligi, vel iure constituto fit trans-
latio de persona in personam, vt *infra, de fi-
deicommiss. liber. in l. 4. in §. quoties, infra de legat.
præstan. in leg. is qui in potestate, in §. final.* non
idem si mutetur status illius, qui conditio-
nem debet implere, si status sit talis, qui id
non impediat exercere, quia libertas ei non
est adempta, & facti, non iuris sit implemen-
tum: peremptio autem status bene impedi-
ret, vt in *dict. leg. intercidit.* & faceret defi-
cere conditionem, vt etiam restitutione non
reuiuisceret, vt ibi, & in *dict. §. si quis rogatus.*
quæ vera sunt, nisi iam damnato in metallum
adijceretur conditio, quia tunc per eum ad-
impleri voluisse credendus est testator, solum-
que factum respexisse, vt *infra de condi. & de-
monstr. in leg. si ancillæ, & in l. Mæuius.* quod fa-
ctum in seruo cadit, vt *infra de acquir. hered. in
leg. qui in alien. in §. Celsus*, vbi notatur, & *in-
stit. de stipul. seruor. in §. sed cum factum.* & hæc
quoad conditiones, quæ per interitum status
extinguuntur, in alijs autem, quæ potius au-
feruntur, quàm extinguantur concessa resti-
tutione, damnatus in metallum à deportato
non secernitur, vt *infra de sent. pass. in l. 1.* & ita
intellige prædictas leges.

Nec contra communem sententiam oberit
text. licet Acost. dicat insolubilem, vt *infra ad
60 Trebell. in §. ex facto. in dict. l. ex facto.* vbi condi-
tio, si liberos susceperit, quæ maximè facti est,
per deportatum impleri non potest. filij enim
in deportatione concepti, non faciunt fidei-
commissi deficere conditionem: sic ergo nec
electio, quæ facti est, durante deportatione
poterit expediri.

61 Sed hoc argumentum leue est, nam con-
ditio liberorum iuris est, magis quàm facti,
nam de legitimis intelliguntur saltem, si hoc te-
stantis suggerat dignitas, vel conditio, vt in
eadem leg. in §. si quis. quos deportatos iure isto
habere non potest, vt *supra de diuort. in l. 1.* nec
credendus est testator, de abiectis filijs ex ma-
cula paterna, quæ procreandos sequitur, sen-
sisse: malè igitur Acost. conditionem de libe-
ris procreandis meri facti esse cēsuit, quia imo
iuris est, quia naturales, de quibus in *dict. §.
ex facto.* conditionem deficere, non efficiunt,
non quod ea, quæ sunt facti, in deportatione
fieri non possint, sed quòd implementum iu-
ris, non facti sufficiat. Vera est igitur commun.
opin. quæ asserit deportatum durante depor-
tatione eligere posse, nec enim existimandum
text. in *dict. §. hereditatem.* qui deportato eli-
gendi potestatem concedit, in id tempus con-
cessisse, quo fuerit restitutus. restitutio enim,
cùm sit de iure speciali, & à principis gratia
dependeat, consideranda non est, nec est ve-
risimile Papinianum eius habuisse rationem,
argument. *infra de legat. 1. in leg. idem Iulian. in
§. fin.* ideo ad eam prædictæ leges referendæ
non sunt: maximè quia text. in *dict. §. si quis
rogatus.* expresè loquitur quando obiit depor-
tatus, vt in *versic. Sed cum decedit*, vt supra re-
tulimus.

Sed quid si filius deportatus restituatur, v- 62
trum obstet nepoti? gloss. vult, quod obstet, si
auo viuente restituatur, vt *infra de bonor. posses.
contra tab. in l. 1. in §. fin.* mortuo autem auo, cum
nepoti sit quæsitum ius hæreditate patris, re-
stitutione non tolleretur, nec enim benefi-
cium principis ad alicuius præiudicium exten-
ditur, vt *infra de natal. restituen. in l. 2. & in leg.
penultim. & finali & de rescript. libr. 6. in c. quam-
uis.* nam etsi bona alicuius publicentur, & ip-
se restituatur, bona quidem ei restituuntur, vt
C. de sentent. pass. in l. 1. sed illa tantum, quæ 63
alicui non sunt per fiscum concessa, secundum
Bart. hic, qui allegat ad hoc text. *de minor. in l.
quod si minor. in §. Scæuola. & C. de repud. hered.
leg. fin.* quæ leges in fortioribus terminis lo-
quuntur, in restitutione enim quæ non gratio-
sa est loquuntur, de quo infra dicemus: item
pro hoc, quia restitutio, donatio, & benefi-
cium principis est, sed in generali donatione
non veniunt ea, quæ alteri specialiter sunt cō-
cessa, vt *infra de aur. & argen. legat. in l. 2. cum
concordan.* item etiam si specialiter darentur,
non auferrentur alteri, vt *C. de rei vendi. in l. quo-
ties, cum alijs, & cum Bart.* est commun. opin. se-
cundum *Ias. numer. 70.* quam intellige, etiamsi
restitutio sit plenissima, contra *Cardin. in c. quia
intelligentia. de electione, & Felin. in c. vergentis, nu-
mer. 2. extrau. de heret.* quamuis dicat communi-
ter teneri *Anton. Rube. Alexand. in cons. 154.* dic
tamen, quòd vbi condemnatio est facta pro-
pter contumaciam, semper veniunt bona in
restitutionem, ex notatis in *c. ex literis, extrau. de
constitutio.* sed de hoc vide leges regias, quæ ad
hanc rem pertinent.

Et adde, quod si pro bono publico pacis
fiat generalis restitutio damnatorum alicuius

ciuitatis, debent eis restitui bona, etiam aliis vendita, vel donata, vt per *Bartol. C. de fid. instr. & iur. hast. fisc. lib.* 10. *in leg. penultim.* ea enim specie, iustitiæ necessitate, non gratiosa liberalitate videtur fieri restitutio, ideo aliis etiam quæsita reuocantur, vt infra dicemus in declaratione *dicti* §. *Scæuola*.

64 Sed circa doctrinam Bart. hîc post gloss. finge, Titium damnatum bonis confiscatis, postea restiturum, ex cuius bonis fiscus quædam alienauerat, rursusque eadem acquisiuit, vtrum veniant hæc in restitutione, quæstionis est, quod Acosta referens *Andream de Isern. & Præpos. Alexand.* probat *in pagin.* 45. reprobans Claud. & Lancel. qui tenuerunt, ad talia bona restitutionem non extendi, cum enim sint apud fiscum, nullique fiat præiudicium, cessat ratio, quæ in bonis apud alium constitutis versabatur, secundum Acost. argumen. pro eo, text. *in Clement. de benefic. de præben.* Sed *Claud. & Lancel.* pro sua opinione, quòd prædicta bona in restitutione non veniant, allegat text. *infra de adim. legat. in leg. cum seruus, & infra ad leg. falcid. in leg. si à me.* cum ibi notat. quod certè verius est, nam restitutus recuperat bona sua, quæ sunt apud fiscum ratione confiscationis, sed in specie proposita ex proprio contractu fiscus habet, non autem ex confiscatione, vt *in vsib. feudo. quid iur. si post aliena. c. 1. in* §. *perfecto.* & faciunt text. *supra de possess. in leg. 1. in* §. *si rem depositam.* item in ea specie fiscus possidet, non vt fiscus, sed vt quilibet tertius priuatus, ergo in damnum fisci, qui eo casu tertius est, nou debet extendi restitutio: id autem sine dubio est, si iam facta restitutione fiscus rem alienatam redimeret, non pertinere ad restitutum, vt *infra de fideicommiss. liber. in leg. rogo ne.* & facit *infra de aur. & argent. legat. in leg. si ita.* quod expressè *Andreas de Isern. & Præpos. allegati ab Acost.* dicunt. item si fiscus rem, quam donauerat propria pecunia redimat, in restitutionem venire nemo dixerit, non enim fiscus beneficio suo debet sentire damnum, vt *infra de furti in leg. si seruus communis, versicul. iustissimè.* & pro hoc *infra de vsucapio. in leg. sequitur, in* §. *tunc.* & expressè *infra de verborum signification. in leg. Labeo, & Sabinus.* ibi, quia videtur ei res abesse, cui pretium abest.] & *supra de pecul. in leg. sed si quis, & in leg. non penes.* quæ nota, nam in his speciebus non dubito quin omnes meam probent sententiam: superest tamen casus in quo potest esse controuersia, si fiscus sine impensa rem suam effecit, vtrum ea res in restitutione veniat, & adhuc placet non venire, fisci enim industria, & diligentia non debet in restituti vtilitatem conuerti. argument. text. in *l. 3. infra ad leg. falcid.* & facit text. in *leg. idemque, in* §. *fin. cum leg. sequent. supra mandati.* licet sit argument. contrà in *leg. imperator. in* §. *fin. cum leg. sequent. infra de legat.* 2. quæ videtur facere pro Acost. sed non est bonum simile, alioquin pretium rerum venditarum, vel res ex pretio emptas restituere teneretur fiscus restituto, quod nemo dixerit, & pro mea opinione fac. text. not. in *leg. fin. C. quæ res pignor. obligar. poss.* denique nisi ex causa præcedenti res ad fiscum redeat, siue ex titulo oneroso, siue lucratiuo ei acquiratur, non veniet in restitutionem. & fac. text. *in l. pater filium, in* §. *quindecim infra de legat.* 3.

Contra Acostam.

Dubium magis esse posset re vendita per fiscum, vtrum pretium, quod fiscus ex re vendita habuit, ad restitutum possit pertinere, quod videtur. argument. *l. 1. in* §. *fin. supra, depositi.* sed verius puto, pretium apud fiscum remanere, nec obstat *dicta l.* 1. quia id ibi contingit ratione obligationis præcedentis, propter quam nihil apud eum debet remanere, quinimo in ea specie rem redimere tenetur si potest, & redemptam vel alia ratione suam factam restituere, vt in *leg. planè, quæ est l. 3. eodem titul.* vide quæ dicam in *leg. fin. infra de legat.* 2.

Item quæritur, an in hac gratiosa restitutione fructus veniant, in qua quæstione communiter Doctores tenent, non venire, secundum *Iason. numer. 65. Crot. 56. Fortun. column. 95. cum sequent.* per text. *C. de Hæretic. & Manich. in autent. idem de Nestorianis.* sed contrariam opinionem tenet *ipse Iason. referendo Nellum numer. 67. & Decium infra de reg. iur. in leg. in condemnatione, in* §. *cum verbum.* per text. ibi, qui restitutionis verbum fructus comprehendere vult, quod etiam probatur *supra de vsur. in leg. videamus 2.* §. *in Fabiana. cum aliis, quæ Iason allegat.* qui ad *autent. idem de Nestorianis.* respondet esse casum specialem, idque expresso, & constituto iure cautum, secus autem est vbi expressè de hoc cautum non esset, & pro hoc allegant. *de minor. in l. quod si minor. in* §. *restitutio.* vbi in restitutione veniunt fructus. Sed mihi verior videtur commun. opin. quod in dict. restitutione fructus non veniant, quamuis enim aptum sit comprehendere fructus, non tamen sub eo comprehenduntur, nisi vbi natura obligationis debentur, vt hîc latius probat *Fortun.* item pro commun. sententia induco argumentum, quo satis hæc pars euincitur. 65

Contra Ias. Crot. & Fort.

In restitutione autem iustitiæ fructus venire dubium non est, vt in *dicto* §. *restitutio. & in eodem titul. in l. patri pro filio. versic. item.* sed id ita demum verum est, si mala fide (vt ita dicam) & scienter actus cum minore gestus est, intelligendo rem esse minoris, si vero tamquam cum maiore contraxit, contra erit, vt probatur *C. si quis ignor. rem minor. in l. 2. in fin.* licet ille text. non loquatur in restitutione, sed in contractu nullo, non tamen ideo minus conducit argumentum, imo fortius hoc probat: non enim debet plus posse ad fructus acquisitionem titulus nullus, quam validus. iustius enim dominus effectus ex vero titulo fructus suos irreuocabiliter faciet, quàm non dominus deficiente causa, vel titulo valido: restitutio

tutio igitur fructus confert reſtituto, tunc demum ſi ille, qui poſſidebat, mala fide poſſideat, non ergo fiſcus, qui iuſta cauſa, & bona fide vt verus dominus poſſidebat, reſtitutione conceſſa, fructus reſtituet: non enim ſicut contrahens cum minore certus eſſe debet, reſtitutioni locum fore, fiſcus etiam exiſtimare debet deportarum reſtituendum, quia natura rei in prima ſpecie ad reſtitutionem erat præordinata, itaque inſpicere debuit contrahens quod euenire potuit, vt *infra de damn. infect. in leg. qui bona. in §. cum inter.* nam non ſine ſcientia rei reſtitutionis ſubiectæ poſſediſſe videtur, fiſcus autem rem nulla conditione onerátam poſſidebat, nec reſtitutionis beneficium, quod voluntarium eſt & gratioſum, expectare debuit, vt *infra de lega. 1. in leg. apud Iulianum, alias idem Iul. in §. conſtat.* Sic ergo reſtitutio non extenditur ad fructus, ſi gratioſa ſit reſtitutio, vel ſi iure neceſſario competat, ſi vitium ignorans poſſedit, vt in *dict. l. 2. ſi quis ignor. rem minor.* quorum ratio clarè apparet, cum reſtitutio, quæ ex iure competit ex titulo, puta de minoribus, cum ipſo contractu oritur, ideo anteuertit fructus, eiſque vitium rei infert, illa autem quæ ex gratia, ex ſuperueniente cauſa oritur, ideo ad præteritam non reſpicit, quod eſt notandum.

66 Vnum autem maximè conſiderandum eſt, text. *dicta autent. idem de Neſtorianis.* vulgo non rectè ſuoque ſenſu accipi. loquitur enim, non in reſtitutione gratioſa, vt Doctores ſine iudicio intelligunt, ſed in reſtitutione iuſtitiæ, nam reſtitutio iuſtitiæ illa eſt, quæ iure ſcripto vel conſtituto, non principis perſonali beneficio conceditur, alioqui quia prætor gratiam minoribus fecit, gratioſa erit illa reſtitutio, quod nemo dixerit, & nulla eſſet reſtitutio, quæ iuris appellari poſſit, cum gratia principum leges quibus ius redditur cōſtitutæ ſint, denique reſtitutio, de qua dict. autent. loquitur, reſtitutio iuſtitiæ eſt: quare autem ibi fructus in reſtitutione non veniant, dubitari poteſt, cum in reſtitutione iuſtitiæ regulariter fructus veniant, vt diximus, ſed poteſt ſingulariter reſpondere, quòd non immeritò in reſtitutione iuſtitiæ ibi fructus non veniant, ne temporis malè conſumpti impunitas concedatur, non enim æquum eſt, vt factus fidelis eius temporis, quo hæreticus fuit fructus poſſit vendicare, item reſtitutio illa ex ſuperueniente cauſa conceditur, ideo tranſacti temporis ante cauſam fructus non ſibi cedunt, quod nota, quia nullus ſcribentium ita declarat dictam autent. ideo puto, quòd condemnatus ob cōtumaciam & reſtitutus poſtea recuperet rem, vt dictum eſt, ſed non fructus, & vide *Bald in l. 1. in additione circa fin. ſupra de offic. eius, cui mandata eſt iuriſdictio.* vbi *Iaſon in column. 13. in verſicul. vltimo nota*, quod verum puto, niſi eſſet purgata contumacia: quia tunc videtur reſtitutio eſſe iuſtitiæ, ſi vero non purgata, videtur eſſe gratiæ.

Ex ſupradictis collige tres regulas, quarum prima eſt, in reſtitutione iuſtitiæ, quæ conceditur ex cauſa, quæ cum ipſo contractu oritur veniunt fructus, ſi conditionem aduerſarij contrahens, contra quem reſtitutio petitur, non ignorauit.

Secunda regula, in reſtitutione quæ conceditur ex cauſa ſuperuenienti non veniunt fructus, niſi à tempore, quo cauſa reſtitutionis producitur.

Tertia regula, in reſtitutione gratioſa non veniunt fructus, pro qua ſententia *Acoſt. hic pagin. 51.* inducit tex. *extrau. de reb. eccleſ. non alienan. c. ad noſtram.* ibi enim ſecundum eum, tranſacto quadriennio eccleſiæ conceditur reſtitutio gratioſa, nec veniunt fructus: dubitari tamen poteſt, quo pacto illa ſit reſtitutio gratioſa dicenda, quæ in alicuius præiudicium, ſed ſolius principis concedentis dari non ſolet, nec poteſt, vt dictum eſt latiſſimè ſupra in lib. 1. in cap. 8. harum interpretationum. Sed ad hoc poſſumus reſpondere, ex magna cauſa etiam in tertij præiudicium concedi, vt probatur *ſupra de minor. in l. niſi ex magna.* & fac. text. in *c. 1. in fin. de in integ. reſtit. lib. 6.* optimus tex. in *l. infra de curat. bon. dand.* & ita puto, verum eſſe Acoſt. intellectum ad *dict. c. ad noſtram.* de quo etiam tract. *Reuer. Epiſcop. Segob. in libr. 1. variar. reſol. in c. 3.* *Defenditur Acoſt.*

Sed quæro, quod in reſtitutione, quæ ex text. *C. de reſcind. vendit. in l. 2.* conceditur, vtrum veniant fructus? in quo nonnulli tenuerunt non venire, ſed eos non immeritò reprob. *Coſt. pagin. 51.* per text. expreſſum. *C. ſi maior fact. alienat. rat. hab. in l. 1.* ideoque damnat practicam Hiſpaniæ quæ contrarium obſeruat, videamus an non iniuſta ſit practica, iureque procedat, pro qua videtur ratio ſubtilis, iure enim communi, ideo debentur fructus rei reſtitutione conceſſa, quia pecuniæ, quam reſtitutus accepit vſurā reddere tenetur, vt in *d. l. 1.* quæ loco fructuū habetur, vt *de vſur. in C. ſalubriter.* quæ vſura cum hodie ceſſet, faciet & fructuum ceſſare reſtitutionem. videtur facere *ſupra de vſur. in l. liberalitatis 2. reſponſo*, vbi inquit *Paulus*, iniquum eſſe vſuras ab eo exigi, qui fructus non percepiſſet,] ecce quòd fructus & vſuræ ſunt correſpectiua, ideo altero ſublato, alterum etiam ceſſare debet, facit text. in *l. curabit. C. de actio. empt. & vendi.* & videtur ita intelligi poſſ. *dictum capitulum ad noſtram.* iu quo in reſtitutione iuſtitiæ non veniunt fructus, & ideo in ſpecie text. *ſupra de minor. in l. ſi emptione.* non habebitur ratio fructuum, cum minor pecuniam non numerauerit, ideo in reſtitutione minorum aduerſus contractum venditionis conceſſa, ceſſare videtur hodie fructuum reſtitutio, non ſic in permutatione, rerum enim permutatarum reſtitutio hinc inde 67

fieri poteſt, ideo hodie in reſtitutione etiam iuſtitiæ non erit habenda ratio fructuum, ſed adhuc defendi poſſe videtur opinio *Acoſt.* vt fructus reſtitui debeant, per *dict.l.1.* non enim ideo habetur ratio fructuum, quia ex alia parte vſura ſoluitur, nec vſuræ, quia fructus ex alia reſtituuntur, correlationiſque ratio habeatur, ſed quia reſtitutionis ea eſt natura, vt res cum ea vtilitate reſtituatur, quam quis habuiſſet, ſi res alienata non eſſet, in *leg. reſtituere. infra de verborum ſignification.* ideo & pecuniæ vſuram reſtituet, quia iure antiquo ex legibus paganorum erat pecuniæ vtilitas, licet fructus propriè non diceretur vſura, in *leg. vſura pecunia, infra de verbor. ſignification.* quæ etſi per leg. ſit ſubducta, non ex hoc vtilitas fructuum reſtituendorum impedietur, non enim vi correlationis eſt inductum, alioqui non omnes fructus reſtituendi eſſent, ſed pro rata vſuræ, quæ exoluitur. finge enim fundum 100. vendidiſſe 20. nónne etſi ſoluatur vſura, quoad 8. partes ex 10. ceſſat correlatio, & tamen omnes fructus ſunt reſtituendi, vt *in dict. l. 1.* & ita videtur poſſe defendi prædicta opinio, quòd & hodie etiam in reſtitutione iuſtitiæ, ſiue ex *titul. de minoribus*, ſiue ex *l. 2. de reſcindend. vendi.* conceſſa indiſtinctè habeatur ratio fructuum, licet poſſimus ſupradictis reſpondere, quòd non datur correlatio vſuræ & fructus, in ſpecie propoſita, quia ibi ratione iniquitatis pretij & iniuſtitiæ contractus id contingit, ob id quòd magis omnes fructus debeant reſtitui. argumen. *leg. ſi ſeruus plurium in §. 1. de lega. 1.* ibi, Neque enim tam improbè,] ideo æquius eſſet, pro rata pretij ſoluti fructus non deberi, & hæc videtur melior opinio. argument. *leg. quod de bonis, in §. fructus.* ibi, quartam, & quartæ fructus,] *infra ad leg. falcid. & leg. ei qui infra. de donationib. cau. mort.* quid enim impedit huius rei maximè diuiduæ diuiſionem? argument. *leg. Seio amico. in principio in verſicul. cùm tam labor. infra de annu. lega. & in leg. qui hæredit. in §. ſi pars. infra de conditionib. & demonſtratio.* nec placet diſtinctio *Reuer. Epiſcop. Segob. in dict. c. 3. qui in numer.* 4. conſtituit differentiam, fructus ſint conſumpti, vel ſtantes. ea enim diſtinctio, & reliquæ, quæ in materia fructuum ponuntur, in rei vendicationis iudicio, & aliis ſimilibus locum habent, non in iudicio reſtitutionis, per quod rem propriam quis reſtituere compellitur: nec tituli, quamlibet iuſti, eſt habenda ratio, ideoque ex prædictis regulis, reſtitutionis in integrum cauſa, vel ex *dicta l. 2.* non eſt cenſenda: fortior enim eſt hæc reſtitutio, à qua dominium non defendit; nam dominus eſt emptor, contra quem agitur remedio *dicta l. 2. C. de reſcinden. venditio.* vel contra quem minor reſtituitur, vt in *leg. ſi emptione, ſupra de minoribus, & in leg. tutor. in principio & §. 1. & in leg. ſi res pupillaris, eodem titulo.* multo ergo minus defendet titulus iuſtus.

Notandum tamen eſt in ſpecie dictæ l. 2. reſtitutionem fructuum culpa emptoris contingere, cùm poſſit iuſtum pretium, ſupplendo fructuum, & rei reſtitutionem, effugere, vt in *dict. l. 2.* ibi, vel ſi emptor elegerit, &c.] & *in dict. l. 1.* durum tamen eſt, in tam differente vtilitate emptoris eſſe electionem, ſi fingas fructus perceptos maximæ eſſe æſtimationis. argument. *de rebus dubiis infra in l. 1.* ideo æquum videbatur, pro rata læſionis ſemper fructus reſtituendos, etiam ſi pretium eligeret emptor, ſed hoc quamlibet æquum prædictæ leges non admittunt: ſed cum hodie ex pecunia facile ſit recipere fructus, licitè ex annuis cenſibus, qui paſſim reperiuntur, erit æquum quod diximus, ne fructus veniant pro rata pretij ſoluti, ſed pro ea parte, qua venditor eſt circumſcriptus, argum. text. in *dicta leg. curabit. C. de action. emption. & vendi.* quod veriſſimum puto ſemper, ne pretio & fructibus eodem tempore fruatur: nec obſtant dictæ leges, quia earum tempore pecunia, ſicut & res non erat infructuoſa, quod eſt notandum.

Et ex ſupradictis apparet, conſtituendam 68
eſſe differentiam inter reſtitutionem gratioſam, & illam quæ neceſſitate conceditur, alia etiam eſt differentia, quia vt diximus, reſtitutio gratioſa non tollit ius tertio quæſitum, ſed ſoli concedenti præiudicat, illa vero, quæ iure competit, ius quæſitum aufert, quod ſi de iure quæſito illi, contra quem datur reſtitutio intelligas, indubitabile eſt, cùm ad hoc ſolum ſit inducta, vt ius quæſitum tollatur, vt *ſupra de minoribus in leg. in cauſa. 2.* ſed ſi de quæſito iure tertio, cum quo negotium à minore geſtum non eſt, intelligas, adhuc verum eſt, tollit enim ius tertij, & in eius præiudicium operatur, ſecundum *Raphael. Comenſ. & alios, quos refert hic Acoſt. pagin.* 46. per text. ſupra *de minor. in leg. quod ſi minor. in §. Scæuola.* vbi inquit text. Scæuola noſter aiebat, ſi quis iuuenili ætate ductus omiſerit, vel repudiauerit hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem, ſi quidem omnia ex integro ſint, omnimodo audiendus eſt: ſi vero iam diſtracta hæreditate: & negotiis finitis ad paratam pecuniam, laboribus ſubſtituti repellendus eſt.] Sed iſte textus magis obſtat huic opin. ſed probatur expreſsè *eodem titulo in leg. in cauſa. 1. in §. ſi cum duabus legibus ſequentibus, & ſupra de euictio. in leg. minorib. & ſupra ex quibus cauſ. maior. in leg. Iuliam, & in leg. cum Miles, in §. fin.* facit *ſupra de minorib. in leg. ſi in emptione.* Sed contrariam ſententiam tenet Lancelot. aſſerens, reſtitutionem iuſtitiæ, etiam ius tertio quæſitum, non auferre, per text. in *dict. §. Scæuola.* ſed certè verior eſt communis opinio per leges ſupra citatas, quia reſtitutio in integrum eſt ius in rem ſcriptum. *ad dict. §. Scæuola* reſpondet *Acoſt.* quod pro-

Margin notes: *Defenditur Acoſt.* — *Contra Lancelo.*

procedant quando ad lucrum fit reſtitutio, ſed non ex hoc reſpondetur ad *leg. C. de repud. hæreditat. in leg. final.* cui *Vdalricus Zaſ. de vulg. ſubſtitut. 4. effect.* reſpondere vult, quod ibi id operetur duplex ius, quorum quodlibet hoc non operaretur iam hæreditate alienata: mihi autem indiſtinctè videtur reſtitutionem concedendam, etiam ad lucrum, in tertij præiudicium, ſed ita demum ſi res integra eſt, ſed non appello rem integram, vel non integram, quod ſit, vel non ſit ius tertio quæſitum, ſed ſi ſtatus rei mutatus ſit, tunc enim minorem ad lucrum non reſtituendum. finge in caſu *leg. ſi in emptione.* domum ruptam, iterumque ædificatam, laboreque & induſtria emptoris mutatam, certè ea res non reſtituetur. finge è panno facta veſtimenta, vel ex lana pannum. finge hæreditatis rationes inuolutas, maximaſque quæſtiones in diuiſione, hæredemque, contra quem minor reſtitui vult, maximo cum labore res compoſuiſſe, pecuniamque quia licitaret res maxima diligentia vel vſuris inueniſſe, ex his omnibus prætor arbitrabitur, ne minori reſtitutio concedatur, vt in *dict. §. Scæuola.* & facit *l. 3. infra ad leg. falcid. in principio.* & ideo ne maiori ſummæ fiat præiudicium à reſtitutione minor ſubmouetur, vt *ſupra de in integrum reſtitut. in leg. ſcio.* quam l. rectè hîc explicat *Acoſt. pagin. 53.* & iſtum puto verum intellectum ad *dict. §. Scæuola.* denique in hac re, non poſſe abſolutè reſponderi: cum multa oriri poſſint, quæ pro bono ſint æſtimanda, ideoque huiuſmodi varietas viri boni arbitrio dirimenda eſt,] vt aliàs inquit *Scæuola in l. Mæuia. in §. vxore. infra de annu. legat.*

69 Vnum tamen ſingulariter notandum eſt, ita demum reſtitutionem iuſtitiæ res apud eos etiam conſtitutas, cum quibus contractum non eſt auferre, ſi ex cauſa, quæ tempore actus geſti inerat, concedatur, non etiam ſi ex cauſa ſuperuenienti, vt eſt illa, quæ propter ingratitudinem competit donatori ad reuocandam donationem per eum factam. hæc enim reuocatio res apud tertios conſtitutas non reuocat, text. eſt notab. *C. de reuoc. donat. in leg. his ſolis*, vbi inquit, Quicquid igitur is, qui à matre impietatis arguitur ex titulo donationis tenet eo die, quo controuerſiæ qualicumque principium iuſſu iudicantis datur matri cogatur reddere, cæterum ea quæ ante adhuc matre pacifica iure perfecta ſunt, & ante inchoatum, cœptumque iurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæteriſque cauſis legitimè alienata, minimè reuocamus,] quæ lex videbatur contra ſupra dicta, ſed non eſt, quia non debet effectus antreuertere cauſam, nam antiquius ius habet poſſeſſor, quàm reſtitutionem prætendens, cum eo tempore quo agit oriatur, nec verum erit in omni reſtitutione, quod *Bald.* not. *C. de ſentent. paſſ. in leg. final. numer. 5.* quem hic refert *Acoſt. pagina 50.* ſcilicet vt reſtitutio, quæ conceditur per viam iuris ſcripti, inhærere videatur à primordio: nam hoc verum, & ſingulare eſt, non tamen in omni reſtitutione procedit, ſed in illa, quæ iudicis officio nobili expeditur, de qua titul. de minor. vel quæ ex dicta l. a. & ſi quæ ſimiles ſunt reſtitutionis cauſæ, at, in illa quæ ex *dicta leg. his ſolis*, oritur, non ineſt niſi ab eo tempore, quo reuocat ad animum iniuriam, iureque experitur, & hęc etiam in fructibus intelligenda ſunt, vt ſupra diximus numer. 63.

Sed contra hæc facit text. quem hîc *Bartol.* allegat *infra titul. 2. in leg. ſi quis filio exhæredato. in §. ſed ſi pater.* & facit text. *ſupra de condict. ob cauſ. in leg. cùm quis.* vbi inquit *Paulus*, Cum quis mortis cauſa donationem cum conualuiſſet donator condicit, fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod accreuit rei donatæ repetere poteſt,] & notatur *infra de donat. cauſ. mort. in leg. ſi mortis cauſa. & in leg. quā mortis.* in quibus leg. probatur quod reſtitutio, quæ competit ex cauſa ſuperuenienti reſpicit retro, & in ea habetur ratio fructuum, ſed huic difficultati poſſumus reſpōdere, quod id contingit, quia illi, qui reſtituere debet, nondum erat ius quæſitum: ideo cauſa ſuperueniens, non tam operari reſtitutionem, quàm impedire videtur actus adhuc pendentis effectum.

Sed contra iſtam ſolutionē videtur obſtare text. in *l. item quod dictum, ſupra de in diem addictione.* ibi, ſin vero exitit emptor poſterior, fructus refundere priorem debere conſtat,] & idem probatur in *l. imperator. & in l. eum qui. aliàs in l. ſi ex duobus, in §. idem Iulianus, eod. tit.* ex quibus leg. apparet, quòd etiam quando trāſlatum eſt ius, ſiue quæſitum, reſtitutio reſpicit præterita, & fructus comprehendit, quamuis ex cauſa ſuperuenienti concedatur. Sed ad hoc reſpondeo, quod prædicta intelligātur in reſciſſione, vel reſtitutione, quæ ſolo legis beneficio, ſine vlla conuentione conceditur, ſed illæ leges de 70
in diem addictione loquuntur in reſtitutione, quæ ex partium expreſſa conuentione competit, ideo licet ratione euentus cauſa reſoluens, vel reſcindens ſuperuenire videatur, ex eo tamen quod in ipſo contractu à partibus eſt appoſita, cum ipſo contractu orta dicetur, magiſque ex reſtitutionis natura, quæ cum ipſo actu oritur, quam illius quæ ex cauſa ſuperuenienti conceditur, eſt cenſenda, atque iudicanda.

Ex ſupra dictis igitur potes diſtinguere in 71
hac quæſtione, vtrum in reſtitutione veniant fructus, & per illam ius quæſitum tertio tollatur, aut reſtitutio eſt gratiæ, aut iuſtitię, in priori nec ius quęſitum tertio aufertur, nec fructus veniunt, in poſteriori autem diſtingui oportet, aut conceditur ex cauſa ſuperuenienti,

aut ex ea, quæ cum ipso contractu producitur: primo casu, aut ius non erat quæsitum illi, qui restituere tenetur, & restitutio respicit præterita, & veniunt fructus, vt in *dicta leg. cum quis, supra de condictione ob causam.* si vero ius erat quæsitum aut rescissio, vel restitutio est legalis, aut conuentionalis, prior non respicit præterita, vt in *dicta leg. his solis, C. de reuocand. donat.* posterior vero conuentionalis trahitur ad præterita, & ita fructus etiam comprehendit, vt in *dictis leg. de in diem addictione.*

In secundo vero principali articulo, quando causa restitutionis non superuenit, sed inest in ipso contractu, & ipsius imperfectione proficiscitur, & tunc distinguendum est, aut contrahens contra quem petitur restitutio non erat ignorans defectus, seu imperfectionis contractus, & tunc restitutio respicit præterita, vt in *dict. leg. quod si minor. in §. restitutio. cum concordantiis.* vbi veniunt fructus, & fit tertio præiudicium, vt in *dict. leg. & in l. in causa. l. in § fin. cum leg. sequenti*, nisi in casu *dict. §. Scæuola.* propter rationes supra dictas, aut contrahens ignorabat subesse causam restitutionis, & tunc restitutio non datur ad præterita, vt in *dict. l. secunda C. si quis ignorans rem minoris.* & facit textus in *leg. fin. in §. finali, infra de lega. 2.*

Restitutio ergo, seu rescissio omnia in pristinum statum reponit, secundum distinctiones supra positas: non tamen intelligas restitutionem vtilitatem tantum restituto afferre, nam creditoribus suis respondere tenebitur, sic ergo operatur restitutio, vt ei bona restituantur & actiones ei, & in eum quæ ante competebant, dentur, vt *infra de verbor. signification. in l. princeps bona. & C. de bon. proscrip. in leg. si vt proponis, & C. de sententia pass. in leg. fin. & in leg. si deporta.* alioqui fieret ex hac restitutione maximum alijs præiudicium, quod fieri non debet, vt supra diximus, & hoc etiam in restitutione iustitiæ locum habet, vt *C. si aduers. trans. in l. 1. & C. de reputa. quæ fiunt in iudic. in leg. vnica,* quæ adeo vera sunt, vt etiam si deportatus, cui restitutio conceditur, nolit bona accipere à fisco, nihilominus tamen poterit à creditoribus conueniri, vt *infra de sentent. pass. in l. 2.* ex qua lege notant *Roman. Socin. & Iason in locis quæ hic citat Acost. pagin.* 44. quòd deportatus restitutus non habet beneficium cessionis bonorum: non enim excludit creditores, si bona agnoscere nolit, vt in dict. l. 2.

72 *Contra Rom. & Soc. & Iason.* Sed hanc sententiam merito damnat Acost. ille enim text. non excludit cessionem bonorum, sed quod ibi dicitur eo pertinet, vt si velit apud fiscum dimittere bona, non liberetur à creditoribus, quasi æs alienum in fiscum translatum, in eum non esset restitutum, vt in *dict. leg. si vt proponis.* cùm post restitutionem per eum stet, quominus bona possideat: pro tamen in subsidium fiscum posse conueniri, argument. *supra de eo per quem fact. er. leg. fin.* vel saltem reuocatoria agi posse, cum ex hoc fraudentur creditores, non tamen debitor liberatur, nec defenditur, vt incarcerari non possit, non enim per hoc cedit bonis, cum cessio bonorum creditoribus fiat, at in specie proposita fisco bona dimitti, ideo ille text. de cessione bonorum non loquitur, contra prædictos Doctores item cessione bonorum non liberatur quis ære alieno, sed exactio differtur, donec ad pinguiorem fortunam perueniat, vt *de cessi. bon. in leg. is qui bonis.* & not. *eodem titul. C. l. 1.* sed in *dicta l. 2.* de plena & perpetua liberatione agitur, ergo non loquitur illa lex de cessione bonorum: item licet ille text. loqueretur de cessione bonorum, non tamen ex illo tex. denegandam restitutionem dicemus: nam & iure communi non admittitur, nisi seruato ordine iuris, vt prius à debitore condemnato fiat, vt *infra de cessio. bonor. in leg. penultim.* quod in *dict. l. 2.* non fuit obseruatum, si igitur solemni modo cedere bonis restitutus velit, non excludetur, vt omnia iura ei restitutio concedat, quæ condemnatio abstulit, vt iuris communis remedia, vel miseranda beneficia non denegentur: ex quibus apparet, falsos esse Roman. Socin. & Iasonem, opinionemque Acost. veriorem esse. *Contra Roman. Socin. & Ias. cum Acost.*

73 Hæc autem omnia in restitutione procedunt, si autem indulgentia à principe concedatur, non bona conceduntur, sed pœna liberatur reus, vt *C. de sentent. pass. in l. 2.* nec infamia aboletur, vt *C. de general. abolitio. in leg. finali.* quod tamen *Bald.* limitat, si plenissima indulgentia concedatur, ita *ipse in vsi. feud. cap. de pac. constan. versicul. indulgentia.* vbi vult in ea specie bona sicut in restitutione venire, quod sequitur *Petrus Paul. Paris. in consilio* 1. *in lum.* 4. sed mihi hæc sententia non placet, quia verbum indulgeo non dationem, sed remissionem significat. operabitur ergo circa pœnam, & infamiam, si plenissima indulgentia concedatur, non autem venient bona, quæ, cum apud fiscum sint, non possunt transire, nisi de nouo dentur, neque indulgentia, vel liberatio quæ magis exceptionem, quàm actionem parit, sufficit, nec vis verbi potest id comprehendere, pro hoc est text. *infra de libera. legat. in leg. non solum, in §. liberatio. in princip.* vbi inquit *Vlpianus*, liberatio autem debitori legata, ita demum effectum habet, si non fuerit exactum à debitore.] optimus text. in *leg. si id quod eodem titul.* & hoc cùm res iam erant apud fiscum, ante enim quàm à fisco vendicarentur, prædicta indulgentia operabitur circa bona, argumen. text. singularis in *l. denique versic. his consequentur. infra de pecul. lega. & supra de pecul. in l. peculium 1. in §. si ære. & in leg. si noxali. in §. est etiam quæstionis, & dicta* *Contra Bald. & Parisi.*

leges

legei de liberation. legata. quod est valde notandum.

74 Ex supra dictis infert Bartol. ad legitimationes, vt non opetentur in præiudicium iuris quæsiti, sed impediet quærendum, ex quo in bonis subiectis restitutioni sequenti in gradu non succedet legitimatus, cum ius sit quæsitum ex instituentis fideicommissum dispositione, vt *infra de legat. 2. in l. vnum ex familia. in princip. & in §. 1. idem in regno*, vt per *Iason. hic column. 16.* licet enim in præiudicium venientium ab intestato pater possit filium in vita legitimare, eisque auferre successionem, id tamen verum est in successione voluntaria, quam potest adimere, vel non adimere, prout elegerat, vt *infra de legat. 3. in l. 1. in §. sciendum, & infra de iur. codicillo. in leg. conficiuntur.* secus in necessaria successione, in qua, cum sit ius quæsitum, disponere possidens non potest, & idem in *feud. vt in vsibus feud. si de feudum fuer. controuers. in cap. 1. in §. naturales.* neque in hoc differt dispensatus à legitimato, etiam quoad citationem, vt in *leg. qui potest inuitis, infra de regul. iuris.* quidquid velit *Gozadinus in consilio 6.* quæ intellige, nisi quando naturalis de se excludebat substitutum, iuxta materiam text. in *leg. ex facto, in §. si quis rogatus, infra ad senatusconsultum Trebellian.* & vide quæ diximus *supra isto titul. in leg. sed est quæsitum.* & latissime in istis nostris Selectis interpretationibus in libr. 1. in capit. 8. vbi omnia quæ ad hanc rem pertinent explicantur: & adde quòd legitimatio, quæ fit per subsequens matrimonium, omnibus facit præiudicium, vt apparet ex his, quæ notat *Abb. in c. tanta. extrau. qui filij sint legitimi*; quem hîc refert *Fortun. columna.* 104. & de materia vide *Tiraquell. in leg. si vmquam, verbo susceperit liberos, numer. 59. cum sequent. & Acostam hic pagin. 58. cum sequent.* qui bene explicat hanc legitimationis materiam.

75 Sed quid si filius ita legitimetur, vt succedere possit patri, quatenus pater voluerit, an succedat patri ab intestato, & puto quòd non, quia ab intestato venientes vt succedere possint ius habent, si non adimitur testamento, vt dict. leges, non tamen requiritur datio, sed in dicto legitimato contrarium est, vt è verbis patet, & facit *infra de legat. 1. in leg. si ita legatum, in §. illi si volet.* & sic in proposita specie requiritur patris factum, nec sufficit contrà non fecisse. sed quid si in proposita specie à patre hæres instituatur, vtrum detrahere possit falcidiam, quod non videtur. detrahitur enim contra defuncti voluntatem etiam hodie, vt *extrau. de testa. c. Rainal. in fin.* & diximus supra libr. 2. Selectarum interpretation. in cap. 7. vbi latissimè: sed iste filius solum quatenus patris adsit voluntas succedere potest, ergo non detrahet falcidiam, quia in ea detrahenda patris refragatur voluntas, sed contrarium probat *Deci. consil. 257.* vbi probat falcidiam posse detrahere, asserens, falcidiam hodie non contra defuncti voluntatē detrahi, sed hoc, vt dixi, falsum est, sed dictum principale verum puto, vt filius institutus in specie proposita falcidiam detrahere possit, ea ratione, quia filius sic legitimatus ad instar capacis extranei redigitur, qui si instituatur succedere potest, tamen defuncto hæreditatem non concedente nihil iuris habet, vt *C. de heredib. instituen. in leg. extraneum, & infra de verborum obligationib. in leg. quidam cum filium.* Sed institutus extraneus capax falcidiam detraluit, vt patet, ergo & filius institutus, quod ita fuit legitimatus, vt quatenus pater voluerit succedat, detrahit, & ita teneo opin. Decij reprobata eius ratione, quia illa defendi non potest, quicquid dicat *Alciatus in Rubric. supra isto titul.* de quo nos latè scripsimus, supra in libr. 2. in cap. 7. num. 14. cum sequentibus, & cum his sit expeditus iste solemnis §. in quo nulla est à Doctoribus excogitata difficultas, quæ possit negotium facere, quæ explicata non sit breuius sanè, quàm alij fecerint: sed an vtilius, aliorum esto iudicium, qui hoc saltem titulo errata condemnare debebunt, quod nihil vulgare, nihilque ab inventione gloss. & antiquorum extraneum admiscuerimus, in hoc saltem antiquos imitantes, qui non in alienis, sed suis proprijs locis materias explicant.

SVMMARIVM
ex §. Quid si is.

1. *An iste casus sit decisus in §. præcedenti.*
2. *Hic casus non pertinet ad l. Velleiam.*
3. *Nouus sensus huic §.*
4. *Ponitur intellectus Socin. qui reprobatur.*
5. *Quòd iste casus ad Gallum pertineat.*
6. *Quando expectetur mors ciuilis.*
7. *Hic expediuntur duo casus, alter voluntatis, alter potestatis.*
8. *An hic casus ex dispensatione admittatur.*
9. *Verum nepos ex filio incapace institui possit.*
10. *Hæc lex non facit ad Bart. quæstionem.*
11. *Text. in l. fin. C. de naturalib. lib. in omnibus illegitimis locum habet.*
12. *Intellectus leg. si constante. C. de donation. inter vir.*
13. *Aliud est fingere, aliud effingere.*

§. Quid si is, qui filium apud hostes habebat testaretur? quare non induxit, vt si antea quàm filius ab hostibus rediret, quamuis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis viuis post mortem scilicet aui nasceretur, non rumperet? nam hic casus ad legem Velleiam non pertinet, melius ergo est vt in huiusmodi vtilitate præsertim post legem Velleiam, quæ & multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur.]

In

In isto §. ponitur alia declaratio Scæuolæ ad consilium Galli, io quo sicut in §. præcedenti argumentatur *Sceuola* de morte naturali ad ciuilem, sicut enim ibidem vtriusque idem est effectus: vtraque enim suitas adimitur, ita in specie nostri text. capnuitas, quæ mors ciuilis habetur, naturali morti comparatur. Sed iste casus licet similis videatur, non
1 est decisus in §. præcedenti, ibidem enim loquitur *Sceuola* quando filius desinit esse suus, morte ciuili superueniente demum eoodito testamento: at, hîc loquitur in filio qui est extra parentis potestatem, ex causa quæ tempore testamenti inerat. Item hic casus non pertinet ad l. Velleiam, quia de natis viois, nobis scilicet testantibus, loquitur: at, in nostra spe-
2 cie nepos suus hæres nascitur, sed mortuo aoo testaore. Sed ex sententia legis Velleiæ iste casus admittendus est, sicut & illi, de quibus in §. præcedenti, sunt admissi. Lex enim Velleia sentit, quòd ex quocumque capite suus amittat suitatem, sequens in gradu suus efficitur, quod in nepote qui nascitur ex filio ab hostibus capto conriogit in specie nostri text. ergo ex legis Velleiæ mente hic casus admittendus est, qui ad Gallum videtur pertinere, eùm defuncto illo de cuius hæreditate agitur nascatur posthumus. Sed opponitur, quod iste casus ad leg. Velleiam pertineat, oam dicit noster text. illis viuis, &c.] in qua specie loquitur lex Velleia, vt *infra in §. nunc de lege Velleia*. ibi, viuis nobis.] *gloß. hic super verbo, deinde. in fine*. respondet ad hoc quod hîc non viuebat testator, & quod dicitur, illis viuis,] plurale sumatur pro singulari, quod sequuntur Doctores nostri, vt in specie oostri text. viuat filius, quando nascitur nepos, noo etiam auus, & inferunt ad quæstiones sumeodo plurale pro singulari, de quibus per eos.

Contra commun. Sed hæc interpretatio defendi non potest, tunc enim pluralis pro singulari sumi potest quando de persoois, vel tebus iocertis, & indefinitis ponitur, non sic vbi de certis & expressis iam personis dispositio loquitur: tunc enim telationi plurali non potest vnica persona satisfieri: & ita intellige doctrinas hîc à Iasone relatas: ideo expositio glossæ noo placet.

Nouus sensus. Secundo modo potest tespondeti hnic opinioni, quòd *Sceuola* loquatur de plutibus testatoribus, vt singulis possit dispositio teferti, licet in vno quæstionem finxerit: nam & in §. *nunc de lege Velleia*, verba illa, nobis viuis,] ad testatores teferuntur; velitque text. noster, si testantium filij sint apud hostes, eisque viuis, scilicet filiis mortuis testatotibus nepotes nascantur, &c.

Sensus Bald. Tertio modo respondet Bald. quòd exponantur verba illa, viuis illis, scilicet filio & nepote captis, nascatur prooepos, & sicut §. *idem credendum*. in pronepote quæstio proponatur, & quod dicit text. post mortem,] intellige, illius de cuius hæreditate agitur, vt iste casus ad Gallum Aquilium, non ad legé Velleiam pertineat, captiuitasque filij & nepotis pronepoti locum faciat, & licet iste iotellectus videatur diuinatiuus, cùm de filij captiuitate non nepotis fiat mentio, tamen posito pronepote casus filij, & nepoti debet adaptari, vt in §. *idem credendum, & in §. precedenti*, & quod dicitur io text. tunc deinde oepos, scilicet captus moretetur.

Sed mihi videtur, nepotis captiuitatem io specie nostri text. non esse necessariam, & sic erit quartus intellectus ad nostrum text. finge enim filio capto, oepotem in ciuitate relictum, prooepotemque ex eo conceptum, viuoque filio capto, testator decedit pendente filij captiuitate, deinde oepos moritur, tandem filius apud hostes, prooepos oatus posthumus suus erit hæres, numquam enim ei obstitit nepos, qui pendente patris captiuitate suus hæres esse non potuit, vt *infra de captiuis, & postliminio reuersis, in leg. quod si filius, & C. eodem titulo, in leg. nec nos prateriþe, & institut. de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur, in §. interdum*. & ita potest intelligi verbum illud, Illis viuis, scilicet filio & nepote, altero apud hostes, altero in ciuitate existente, quia de captiuitate nepotis in text. non fit meotio, & iste est vetus sensus huius §. secundom quem ita explica litteram, ibi, tuoc deinde nepos,] scilicet, nascatur, ibi, etiam adhuc, &c.] hîc transit ad pronepotem, quasi diceret vt possit nepos institui, vel si aliam personam adijcere velis possit & pronepos institui, qui illis viuis, scilicet filio apud hostes & nepote in ciuitate post mortem, scilicet testantis oasceretur, vt mortuo oepote, deinde filio, pronepos suus hæres existat, vt in §. *idem credendum*. & iste iotellectus clarus est ad oostrum text. & clarior est si agnoscas literam *Alciati lib. 1. paradox. c. 13*. qui loco dictionis aui reponit qui.

3 *4. intell.*

Sed quinto modo istum text. interpretatur *Socin*. defendendo gloss. nostram, quòd hic nascatur nepos viuo testatore, & eius filio, non tamen iste casus pertioeat propriè ad legem Velleiam. Velleius enim loquitur quando viuo testatore & testamenti tempore mortuus est, vel viuit filius, hîc vero eùm captus sit ab hostibus, nee viuus dici potest, cum mortuus ciuiliter eensea tur, nee etiam potest dici simpliciter mortuus, cùm naturaliter viuat, sed hic intellectus per se cadit, cùm iste casus expressè Velleio tribuatur, vt *infra ead. l. in §. videndum*. item hæc species ad Gallum Aquilium nullo iure pertinere potest, qui in his qui mortuo testatore nascuntur solum loquitur, & ideo supra dicta oostra interpretatio omnioo tenenda est.

4 *5. intell.*

Sed oppo. contra istum text. quòd iste casus ad Galli responsum non possit pertinere, quòd loquitur quando filius viuo testatore decedit, 5

cedit, vt supra in princ. l. nam si mortem ciuilem respicias, quæ ex captiuitate contingit, iam filius ante testamentum mortuus est, ergo verba Galli, quæ ad futurum conferuntur, non possunt ad hanc mortis speciem referri, vt *infra de cond. & demonstr. in leg. solemus, & in leg. si iam facta.* si vero mortem naturalem respicias, multo minus ad speciem Galli pertinet, cùm mortuo testatore hæc mors contingat, vt ibi, quamuis post mortem patris decederet,] ergo nulla ratione ad Gallum potest hic casus pertinere. Sol. licet hic filius naturaliter moriatur, patre iam mortuo, tamen legis Corneliæ fictione videtur mortuus ante patrem, ideo ad Gallum Aquilium pertinet, & expectatur mors naturalis, non vt tempus eius attendatur, sed vt ciuilis mors indubitanter suum consequatur effectum, non enim irreuocabiliter tempore testamenti mortuus erat, quod clarius sequenti oppositione apparebit.

6 Sed opponitur quod non expectetur mors naturalis, sed mors ciuilis sufficiat, vt in §. præcedenti probatur, quam si attendimus, iste casus non ad Gallum Aquilium, sed ad l. duodecim tabularum, qua suos posthumos instituendi ius erat, pertinebit. Sol. mors ciuilis attendenda est, ita demum, si adimat suitatem, quòd emancipatione vel deportatione contingit, non si tantum suitatem suspendat, vt in captiuitate accidit: capti enim ab hostibus iura suspensa sunt, non perempta, *institut. quibus mod. ius patr. potest. solui. in §. si ab hostibus, & infra de capti. & postlimi. reuers. in l. in bello. in §. 2.* ideo hic sola mors ciuilis cum non extinguat suitatem, non similis naturali habetur, ideo nepos non suus hæres est, licet captus pater sit, ideo non ad legem 12. tabularum, sed ad Galli Aquilij formulam hæc species pertinet, qua non suos, qui sui futuri sunt instituendi modus adinuentus est, denique non videtur filius captus tempore testamenti mortuus, propter spem postliminij, quæ suitatem extinguere vetat, nec videtur etiam post patrẽ mortuus, si postea moriatur propter legem Corneliam: considerato ergo testamenti tempore, quo legis Corneliæ, & postliminij vires pendent, casus iste ad Gallum Aquilium pertinet, cùm testamenti tempore posthumus suus non sit, & tempore effectus ex lege Cornelia filius, viuo patre, mortuus habeatur.

7 Et notandum est, Scæuolam, sicut & in §. præcedenti, duos casus hîc decidere, vel quæstiones, potestatis, scilicet, & voluntatis, primum ex argumento legis Velleiæ. secundum, quia data potestate, dispositio facta in vnum casum trahitur ad alium, vt in §. præcedenti: denique potest testator in speciem à Scæuola hîc confictam dispositionem suam expressè conferre. Item si formula Galli vsus fuerit, verba ad hunc casum si contigerit, trahentur, & ita potes saluare gloss. primam hîc positam, quæ vera est, nisi eo quòd Gallum à Scæuola reprehendi, asseuerat: non enim reprehenditur, vt diximus supra in principio legis, & licet *Paulus* dicat, necessarium fuisse Scæuolæ supplementum, quòd materia correctoria sit, in qua dispositio in casu vero loquens, ad casum fictum non trahitur, vt *supra de negot. gest. in l. 3. in §. hæc verba.* non tamen id verum est, quia Gallus non corrigit legem 12. tabularum, sed interpretatur, vt in principio legis dixi, nec ipse nec *Scæuola* aliquid noui inducunt, sed quia difficilis materia est, *Scæuola* hoc oneris assumpsit, vt nullus casus fingi possit, qui non esset per eum expressus, ne Galli Aquilij verbis impingeremus, sensu non assequuto, sicut in lege 12. tabularum vsque ad tempora Galli contingit.

Sed contra hæc opponitur. Dicit text. huiusmodi vtilitatem, &c.] Sed dubium non est vbicumque vtilitatis causa aliquid à lege admittitur, id constituto iure ex bono & æquo, à iure stricto recedendo admitti, vt *infra de solut. in leg. qui hominem, in §. Stichum,* ergo hoc nõ lege 12. tabularum receptum est, vt supra diximus. Sol. verum est vtilitatis causa iure constituto hunc casum admitti, non quòd posthumi alieni qui futuri sui sunt l. 12. tabularum institui non possint, sed quia in specie nostra fictio hoc operetur, qua interueniente stricto iure recedimus: ea enim est natura fictionis, vt vtilitatis causa inducatur, vt *infra de capti. in l. postlimi.* & ita intellige verba legis: cessante vero fictione, omnes casus, qui in l. nostra inducuntur stricto iure, non vtilitatis causa tantùm, recepti sunt. 8

His circa legis materiam expeditis, veniamus ad ea, quæ Bartol. ex leg. nostra infert, qui textum nostrum inducit, vt nepos filio ex incapaci spurio, vel adulterino institui possit, sed melius induceretur §. præcedens, vbi descendens ex deportato institutionis incapaci, vt *C. de hæreditatis instit. in l. 1.* hæres institui potest, at, hîc de capto ab hostibus agimus, qui non est incapax passiuæ institutionis, arg. *sup. de testam. in leg. filiusfamilias.* nam & hic institui potuit, sed hæc argumenta non conuincunt in quæstione *Bartoli.* nam in his omnibus speciebus nepos intrat locum patris, suusque efficitur, quæ cessant in quæst. Bartol. item incapacitas medij, quòd est causa efficiens, momentanea superueniens non nocet effectui, pater enim est causa filij, sed momentaria, ideo ad filij conseruationem iam producti, pater non requiritur, ideo patris defectus in nostra leg. filio non nocet, imo prodest, vt in §. præcedenti & hîc, & in §. *ita demum. de hæreditat. quæ ab intestat.* argumentari igitur, vt *Bartol.* facit ex hoc defectu ad defectum, vel incapacitatem causæ, quæ tempore quo effectus producebat, inerat, fallacia est manifesta: ideo nec iste §. nec præcedens, qui magis videbatur vrgere, potest induci ad quæstionem illam: 9 10

sed

ſed Bartol. allegat bonas leges diſtinguendo, dic vt per eum, cum quo dd. tranſeunt, & adde quòd in caſibus, quibus non timetur de acquiſitione paterna, quæſtio eſt minus dubitabilis, vt ſi filio mortuo nepos hæres instituatur, vel ſi fingas è contrario caſum in filio legitimo, habente illegitimum nepotem, qui hæres ſcribatur cum filio: denique Bartol. & dd. volunt *legem finalem*, *C. de naturalib. liber*, locum
11 habere, non ſolum in naturalibus liberis, verum in aliis quacumque ratione illegitimis, intellige ſi tales ſint, qui à conſanguineis capere non prohibeantur. Sed oppo. contra Bartol. quia argumentatur de minori ad maius, quod numquam admiſſum fuit, ſed dubitabilior eſt caſus, ſi filium adulterinum fingas, quàm ſi naturalem: nec enim ita odioſus habetur naturalis filius, ſicut alij illegitimi habentur, vt *extrau. qui filij ſint legi. cap. tanta.* ergo argumentari ex *dicta l. fin. C. de naturalib. liber.* quæ de naturalibus loquitur, ad adulterinos, & alios penitus incapaces eſt, malum argumentum, vt diximus in *leg. ſi ita ſcriptum, numer. 4. & in §. & quid ſi tantum, numer. 38. & in l. in ſuis, numer. 14.* ſed his reſpondere poſſumus dictam l. fin. non naturalium filiorum fauore hoc inducere, ſed quia ille caſus prohibitione legis non continetur, lex enim quæ prohibet illegitimos filios instituere, nepotes non comprehendit, quæ ratio omnibus illegitimis communis eſt, & pro hoc induco prædictam legem finalem, nam filius naturalis excepta portione ſibi à lege conceſſa *eodem titul. in l. humanitatis.* incapax eſt, non minus, quàm alij illegitimi: ſed iſta incapacitas ad nepotem non extenditur *in dict. l. fin.* ergo idem in alio quolibet incapaci in totum, argum. *de rei vend. vt ſupra, in l. quæ de tota. & C. de non num. pecu. in l. 2.* & ex his poteſt decide-
12 re, quòd in caſu *leg. ſi conſtante, C. de donat. inter virum & vxorem.* valet actus, ſtante etiam patre, nec ei quæritur vſusfructus, ſed in quæſtione. Bartol. puto fiſco quæri vſumfructum, nec remanere apud proprietarium, pro hoc *de nat. lib. in l. 1. & infra de leg. 3. l. ſi deportati ſeruo.* non obſt. *C. de bono. quæ lib. aut. excipitur. eum ibi notat.* quia loquitur quando filio ita relinquitur, vt patri vſusfructus non quæratur, & *dict. leg. fin. de naturalibus lib.* intelligitur, vbi pater iam erat mortuus, aliàs fiſco quæreretur vſusfructus, ſecundum diſtinctionem text. *C. de naturalibus liber, in l. 1.* proprietatis autem quæſtio eſſe non poteſt, nam cum auus nepotem, cui relinquit in poteſtate non habeat, profectitia bona dici non poſſunt, quinimo etſi eſſet in poteſtate, aduentitia habentur, de quo vide dd. *infrà de acquirend. heredit. in l. qui in aliena. in §. interdum.*

Item ex hoc tex. notant Doctores quòd diſpoſitio loquens in caſu vero trahitur ad caſum fictum. Argument. tamen contrà. *ſup. de negotiis geſtis, in l. 3. in §. hæc verba. cum aliis hic allegatis à recentioribus*, tu dic quòd in hoc text. admittitur caſus fictus, quia ſi excluderetur, fruſtra eſſet fictio à lege inducta, lex enim Cornelia ideo inducta eſt, vt omnis captus ab hoſtibus, ibidem decedens, mortuus captiuitatis tempore cenſeatur, vt *infra de capti. & poſtli. reuer. in l. in bello. in §. ſi quis capiatur.* ideo lex, quæ loquitur in caſu vero, trahitur ad caſum fictum, ad quem principaliter lex de fictione loquens fuit inducta, nec poteſt applicari hæc materia ad dict. *Bartol. infra de fonte, in lib. 1. §. 1.*
quod Iaſon. hîc refert: nam alia eſt fictio de 13
qua nunc agimus, quæ à lege procedit, alia illa effictio, ſeu ſimulatio materialis: fictio enim à iure inducta effectum veritatis operatur, quia in his quæ ſunt iuris, idem eſt eſſe, vel fingi, vt in §. præcedenti, & per *Bartol. in l. ſi maritus, in §. legis Iuliæ, infra ad legem Iuliam, de adulter.* non idem in rebus affictis, quia verba ſimpliciter debent intelligi, non ſecundum quid, vt *infra de legatis 3. in leg. hoc legatum.* ideo homo pictus, non dicitur homo ſimpliciter, vt *C. de Hæreticis, & Manichæis, in l. 2. in gloſſ. & infrà de verborum ſignificatione, in l. Paulus reſpondit.* non obſtat text. in *leg. Velleia. C. de veſti. holobar. libr. 11.* quam hîc allegat Iaſ. quia ibi ratio prohibitionis comprehendit rem effictam, vt patet, item ibi ſpecialiter eſt expreſſum.

SVMMARIVM

ex §. *Vt instituens.*

1. *Filius non poteſt institui ſub conditione, qui non ſit in ſua poteſtate.*
2. *Perſona incerta de certis, iure iſto, institui poteſt.*
3. *Appellatione filij an veniat nepos.*

§. VT instituens nepotē, qui ſibi poſt mortem ſuus naſceretur, rectè instituiſſe videatur, quibuſcumque caſibus nepos poſt mortem natus ſuus eſſet, rumperetque præteritus, atque etiam ſi generaliter, quidquid ſibi liberorum natum erit poſt mortem, aut quicumque natus fuerit ſit institutus, ſi ſuus hæres naſceretur.]

Opponitur, ſuus institui non poteſt ſub con- 1
ditione, quæ non ſit in eius poteſtate, vt *infra de heredib. institut. in leg. ſuus quoque.* ſed hîc instituitur, ergo, &c. Sol. ſecundum Bartol. verum eſt in conditione illa, quæ ſuſpendit, at hæc non ſuſpendit, & pro hoc *infra de verborum obligation. in leg. impoſſibilis.* & fac. *infra de noua. in leg. ſi pupillus, in §. ſub conditione.* ideo ſuus hæres ſub conditione de præterito institui poteſt, ſecundùm Iaſon. per text. *infra de conditione institut. in leg. illa institutio. in §. final.* quod explica. vt per *Acoſt. libr. Selectar. interpreta. 1. cap. 1.* non tamen in ſpecie illius textus valeret institutio ſub conditione, ſi probauerit quòd vixit, vt per *Acoſt. vbi ſupra*, & facit *infrà de condit. & demonſtr. in leg. Lucius*, & facit *infra de acquirend. hæredib. in leg. cùm quidam, in §. ſuum hæredem.* ad rationem dicti §. finalis, ſic etiam valet ex-

Contra Bart. hæredatio sub conditione de præterito dic vt supr. *in l. 3. in §. pure.* secundo modo soluit Bart. dic vt per eum, & adde quòd hæ solutiones Bart. non sunt necessariæ, quia vtitur fallacia quadam, vel cauillatione in sua oppo. finge enim formam institutionis conditionalis in specie nostri text. si posthumus mihi suus hæres nascatur, hæres esto, vel quicunque. &c. vt *inf. de lega. 3. in l. Stichum qui meus erit*, aut enim nascitur suus hæres, nullo eum præcedente testamenti tempore, & tunc pura est institutio, si enim non nasceretur, nulla esset institutio, vt *C. de contra tab. in l. posthumo nato.* aut vt in specie Galli fit institutio sub ea conditione, scilicet, si suus efficiatur, & tunc institutio quæ fit, de non suo est, & sic cessat oppositio.

Item oppo. cum Bart. quod non valeat in præsenti institutio, cùm non nominetur hęres, dic vt per eum. sed opp. quod institutio personæ incertæ, etiam si ex futuro euentu veniat certificanda, non valeat, vt *instit. de lega. in §. in certu.* Sol. fallit, si sit persona incerta de certis, vt
2 *infr. de reb. dub. in l. quidam relegatus. & instit. de lega. in §. sub incerta.* sed oppo. quòd hic sit persona incerta de incertis, ibi, quicquid liberorum, &c.] & sic non exprimitur ex quo sit nascendus posthumus. Sol. cùm de posthumo, qui futurus sit suus loquamur, necessario ex certis personis est. cùm solum suus hæres ex descendentibus possit produci, & sic talis incertitudo admittitur, vt in *dict. l. quidam relegatus.* vel potius regula antiquorum in suis locum non habebat, vt diximus supr. in principio huius legis, num. 11. cum sequentib.

3 His expeditis ex isto text. notant antiqui, quos *Bart.* refert, quòd appellatione filij non venit nepos, item quòd appellatione nepotis non veniat pronepos, vel deinceps nascituri: primum tenet *Bar.* quod appellatione filij non veniat nepos, licet reprobet inductionem nostri text. ab antiquis factam, & alleget ipse text. *supr. de testamen. tutel. in l. quod si nepotes.* in hoc secundum *Ias. num. 22. 23. & 24.* doctores volunt, quòd in materia fauorabili vltimarum voluntatum appellatione filij venit nepos, & descēdens quilibet, vt *infr. de hæred. institut. in l. Lucius, 2. in fin.* & vide text. *in c. 2. de verbor. signif. extrau. ad dictam l. quod si nepotes.* respondet *Ias.* quòd ibi non est materia fauorabilis, licet enim tutelæ datio pupilli fauorem contineat, odiosa tamen censetur, cùm onus tutori iniungat, vt de *excus. tuto. insti. circa principium*, sed hæc solutio *Contra Iaso.* recipienda non est, quia id quod principaliter agitur inspiciendum est, vt dispositio vel odiosa, vel fauorabilis iudicetur, vt *supra de condi. indeb. in l. qui exceptionem.* alioqui testamentum odiosum iudicaretur, quod venientibus ab intestato noceat, *de acquirend. hæred. infra in l. quamdiu. C. commu. de successio. in l. antequam.* quicquid *Socin.* sentiat, item exheredatio fauorabilis esset, cùm testamentum per eam consetuetur, quod falsum est, vt *supra eod. l. cum quidam.* diximus supra in rub. istius tituli, non ergo tutelæ datio odium continet, cùm principaliter pupilli vtilitatem, non tutoris damnum testator respiciat vt *supra de excus. tuto. in l. tutela. in §. dat remissionem.* ibi, propter hoc autem,] imo si in damnum principaliter tutoris id fieret, iustè se excusaret; vt ibidem, ideo *Ias. solu. ad dictam l. quòd si nepotes.* non est vera: verius itaque puto distinguendum esse, aut dispositio respicit tempus futurum, & tunc appellatione filiorum omnes descendentes comprehendantur, vt in *dicta l. Lucius.* quod probat *Imol. hic*, aut tempus præsens, & tunc soli filij primi gradus comprehendantur, vt in *dicta l. quòd si nepotes.* iunct. text. *infra de aur. & arg. leg. in l. si ita legatum.* & pro hoc *illo titu. de testam. tute. in l. si quis ita. in §. si quis cum ignoraret:* ratio est, quia quando in futurum verba conferuntur, videtur dispositio respicere tractum, & successionem, quæ solo primo gradu esse non potest, secus si in præsens tempus dispositio confertur: in materia vero odiosa filiorum appellatio nepotes non comprehendit, vt *C. de natur. lib. in l. si.*

Non obstat ad prædicta noster text. quia *Contra Bar.* secundum Bart. qui non sine iniuria carpit antiquos, non potest ad hoc allegari, nec aliquid probat, sed not. quòd non ita sine iudicio antiqui legem istam induxerunt, ideo sic potest induci. Gallus Aquilius loquitur in filio, & per Scęuolam extenditur ad nepotem, ergo appellatione filij, non veniebat nepos, alioqui superflua esset extensio Scæuolæ, & falsus est *Bar.* *Fallacia Bart.* cauillo quodam, quo sæpe est vsus in tota ista l. nam in ea duo principaliter aguntur, alterum de respōso Galli, & eius interpretatione, alterū de testatore: quo pacto & Galli cōsilio vti possit, quoquo modo verba eius interpretentur, quæ Bat. inconsideratè miscet: mens autem antiquorum ea fuit, vt ex Galli responso cum Scęuolæ supplemento argumentaretur, non autē ex dispositione testantis verisimile est argumētari, & verbum ita ridiculum proferre, & ita antiquos non tam euidenti errore lapsos arbitror, non tamē hæc inductio irrefragabilis est, quia tenendo opinionem veram, quam in legis principio probauimus, omnia, quæ *Scæuola, & Gallus* proferunt in lege 12. tabularum inerant, ipsique solum exempla mentis legis subtiliter inducunt, ergo nihil facit hæc lex, quòd de filijs, & nepotibus loquatur, quia id fit dubitationis tollendæ causa: *Bart.* autem incidit in errorem non excusabilem, quia cùm ad nepotem, & pronepotem antiqui inducerent nostrum tex. in quo de Scæuolæ sensu agimus, mutat casum trāsiens ad testatoris volūtatem, & ad §. *idem credendum* respondens, vt ex volūtate testatoris hoc excusetur, & sic in nepote, & pronepote vsus est eadē fallacia, in quibus idem puto dicendum, quod de filiorū verbo diximus, nec enim appellatione nepotis venit propriè pronepos, sed ex extensione, vt latè

Ias. hic. quod & in filiorum verbo dicendum est, vt nepotes propriè non comprehendat, sed per extensionem, vel interpretationem, & vide *Paul. in prima parte, in l. 1. C. de bonis matern. num. 69.* licet nihil noui addat.

SVMMARIVM

ex §. Si eius.

1. *Iste casus an pertineat ad Gallum.*
2. *An pertineat ad legem Velleiam.*
3. *An ex Iuliano hic casus decidi possit, & iterum an ex Gallo*
4. *Declaratur versiculus idem quærendum.*
5. *Defenditur contra omnes opinio lo.*
6. *Hæc no est impossibilitas in genere qua fictio impediatur.*

§ SI eius, qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibique viuo pariat, mox ille post mortem patris, atque aui redeat, vtrum hic casus ad legem Velleiam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit? possitque vel ex iure antiquo, vel ex Velleia institutus non rumpere? quod quærendum est, si tam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo, sed cum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert, vtrum ex iure antiquo, an ex l. Velleia excludatur.]

Vide Alcia. lib. 3 Paradoxo in c. 11 cum sequent.

Oppo. cum Bar. quòd institutio nepotis nõ sit necessaria, vt *supra in eod. l. si quis posthumos. in §. 1. & infra tit. sequenti, in l. si quis filio exhæredato.* vbi nepos potest præteriri, & hęc oppositio potest obiici omnibus partibus huius legis. Solu. verum est, vbi filius præcedit nepotem tempore mortis testatoris, secus vbi non præcedit, vt hic, & per totam nostram l. & fac. *instit. de hæredi. quæ ab intesta. defer. in §. ita demum.* Item opp. is qui apud hostes est, cùm seruus hostium etiam succedere non potest, vt *supra in eod. §. quid si is.* est enim mortuus ciuiliter, ideo non succedit, vt *supra in §. & quid si tantum.* Sol. verum est si ibi decedat, si vero reuertatur in ciuitatem, iure postliminij hæc recuperat, & rumpit, si se reperiat pręteritum, vt hic, & has secundas oppositiones confusè prosequitur *Bart.* eas simul coniungendo. Sed opp. quòd postliminium locum habere non possit, quod in captis est inductum, sed hic nepos non fuit captus, cum natus fuerit in captiuitate, ergo cessat postliminium extremo deficiente. Solut. imo postliminium conceditur ventri capto, vt *C. de capt. & postlim. reuers. in l. 1.* & probatur *infra tit. 1. in l. si quis filio exhæredato. in §. siue autem.* & sic debet institui, vt veniens non rumpat, institutus enim non potest rumpere, licet enim possit se ab hæreditate abstinere, id tamen non est rumpere testamentum, de qua ruptione agimus, quicquid glo. verbo excludatur, & *Bart.* hic, vt patet *infra tit. 1. in l. nam etsi sub conditione. in §. post defectum.*

Nunc veniamus ad declarationem tex. quo pacto iste casus admittatur, & videtur, quòd casus iste ad Gallum Aquilium non pertineat, nam hic nascitur filius viuo testatore, & viuo filio, ergo ex duplici capite ad Gallum Aquilium pertinere non potest: quia in consilio Galli requiritur, quòd impediens posthumi suitatem subducatur de medio in vita illius, de cuius hæreditate agitur, & quod posthumus defuncto filio, vel præcedenti nascatur.

Vtrumque autem in specie nostri text. deficit: item licet videatur iste casus ad Gallũ pertinere ratione fictionis, quia tempore quo redit, 1
videtur natus ille, qui apud hostes editus fuit, & sic post mortem, tamen hoc non admittit Paulus, dicens, quod cùm Galli Aquilij respõsum correctorium sit, non debet extendi ad casum fictionis, sed hæc ratio ridicula est, cùm iam §. *quid si is.* casus fictionis sit admissus, & tamen verum est, non ad Gallum Aquilium pertinere, non enim ex veritate pertinet, quia nascitur viuo testatore, & filio, nec ex fictione, quia non est in iure inuenta talis fictio, quæ non respiciat retro, imò in futurum suspendat, nec ex lege Cornelia, vel postliminio poteris hoc euincere: item iste casus ad l. Velleiam 2
non pertinet, quia ille loquitur in natis viuo testatore, quod licet hîc contingat, tamen natiuitas quæ apud hostes contingit, non potest considerari, cũ à ciuili morte anteuertatur, vel præoccupetur, vt suprà in §. *& quid si tantum.* nam si superueniens tollit capacitatem, multo fortius à principio impediet: si enim excludit, multo magis non admittet, *extrau. de iureiur. in c. quemadmodum. supr. de his, qui sunt sui. in l. patre furioso.* nec potest dici fictione postliminij, ante captiuitatem natum videri captiuitatis tempore subducto, quia deficit extremum, ad quod fictio respiciat, cùm non esset in rerum natura: postliminium enim quod partui conceditur, vt *in tit. 1. in l. si quis filio, in §. siue autem, & in dict. l. 1.* non conceditur cum retrotractione, cùm si retrotrahatur, nullum ius habeat, nec hoc concedi potest ex lege, vt *supr. de statu homin. in l. qui in vtero.* ne fictio in fictionem incidat, quod esse non debet, vt in *l. 1. C. de dot. promiss.* denique iste casus ad l. Velleiam non pertinet, cùm dici non possit, istum in vita testatoris ciuiliter vixisse, item nec ad casum Galli, qui loquitur in nato infra 10. menses post mortem, at hic potest & post decem annos redire, vt dicit *Bart.* sed magis applicatur iste casus ad responsum Galli, ex eo, quia post mortem aui, & patris suus hæres agnascitur, & hoc magis ex benignitate, vel æquitate, secundum Cuman. qui bene in hoc dicit, licet *Ias.* eum reprehendat, immerito certè, nam & Scæuola expresse sentit ex Gallo, vel ex l. Velleia stricto iure non posse hunc casum decidi, cùm quæstionem determinando videtur responsionem super hoc effugere voluisse, casumque admittit, æquitate suggerente, authoritate autẽ Galli, vel Vellej hoc decidi posse non admisit, sed

Contra Paul. de Castro.

ex

ex inutilitate quæstionis hoc excusat.

3 Sed videamus an ex Iuliano possit hic casus decidi, sed certè non potest, quia Iulianus loquitur quãdo nepos posthumus viuit eo tempore, quo pater de medio tollitur, sed casu nostro, licet nepos viuo patre nascatur, tamen dici nõ potest natus, qui ciuiliter mortuus est eo momento quo nascitur, nam & ista ratione ad l. Velleiam non pertinere diximus sup. Sed oppo. quòd ista quæstio nostri text. non procedat, cùm nepos iste posthumus suus hæres esse non possit, nunquam enim fuit in potestate, vt *infr. de coll. bon. in l. fi.* nec potest dici hoc in hoc posthumo excusari, sicut in reliquis posthumis, qui sui dicuntur: nam & alij sui habentur, quia si viueret testator quousque nascerentur, essent in potestate futuri, & dies natiuitatis refertur ad tempus præteritum, vt *supr. de stat. hom. in l. qui in vtero.* hęc enim in eo posthumo de quo agimus, cessant, cùm ciuiliter mortuus in potestate hostium nascatur, ideò dicendum est ex interpretatione Scæuolæ, cessante materia, fictionum æquitate suggerente, posthumum istum suum hæredem haberi, & ita intellige istum difficilẽ §. & vt clarius eum, & supradicta intelligas, explicemus gloss. nostram: & quæro; si iste casus ad Gallum, vel ad Velleium pertineat, ad neutrum videtur, vt Scæuola sentit, ad Gallum nõ, quia Gallus loquitur quando mortuis vtrisque nascitur nepos, hîc verò ambobus viuis, & hoc, inspecta veritate, dubium non est, sed idem est inspecta fictione, quod sic probatur: in consilio Galli admittuntur fictiones §. *quid si tã.* sed inspecta fictione, hic casus ad Gallum non pertinet, quia secundum fictionem, iste nepos videtur natus in vita, quia si poneres eum mortuum in captiuitate, ex lege Cornelia fingeretur mortuus antequam caperetur, & in consequentiam natus in vita testantis, sic & in fictione postliminij, de qua loquimur, vt reuersus natus viuis parentibus videatur, ergo ad Gallum non pertinet, siue fictio, siue veritas attendatur, sed in hoc dic melius, vt sup. vt in hoc fictiones prædictę retrotractionem non habeãt: item non pertinent ad Gallum cũ apud hostes editus suus hæres non nascatur: item cùm præcedatur à patre, item argumentor, vt in simili gloss. ille qui capitur moritur ciuiliter, ergo fingitur natus, viui enim moriuntur, ergo natus videtur in vita parẽtum, & sic non pertinet ad Gallum, sed nec pertinet ad Velleium, quia videtur natus cũ redit, & sic post mortẽ testantis, & patris, nec obstat si ex postliminio dicatur natus, cum capitur, sicut in l. Cornelia diximus, quia respondent gloss. quòd impossibile est, &c. tu dic, quod daretur fictio fictionis, & vna incideret in aliã. Item dicit glo. quod postliminium locum non habet, quod ita demum locum habet, si redeat cum patre, &c. at hîc redit solus, sed in hoc glos. est falsa, quia id solum in conceptis in captiuitate verum est: tandem concludit gl. quòd hic casus pertinet ad Gallũ primo, quia Galli interpretatione potest decidi, arguendo à similitudine casuum, vt in §. *& quid si tantum.* sed hoc non placet quia dissimilis est casus, cùm hic licet efficiatur suus, potest hoc post decem menses contingere: item nõ nascitur suus, item quia non reperitur in iure fictio suspensiua, quæ in futurũ respiciat, ideo iste casus à Scæuola est inductus, vt suus habeatur, & rumpere possit, contra gl. verbo, rumpatur. non obstat quòd casus qui ponuntur ante §. *nunc de lege.* ad Gallum pertinere videantur, quia dico, quod omnes casus suprapositi pertinent ad Gallum, quia ex eius responso decidũtur ratione eadem ostensa: noster tamen casus pertinet ad Gallum, sed non quod ex eo decidi possit, sed quia sine eo non esset satis à Gallo prouisum, si posthumus, qui futurus est suus, testatore defuncto, institui non posset: deniq; solus iste casus additur Gallo, omnes enim alij ex Gallo decidi possunt, quod & Scęuola facit, interpretando, non autem aliquid noui inducendo, præter text. nostri decisionem, qui satis fulciunt nostram opinionem in principio legis probatam, quod Scæuolæ casus exempla magis Galli, & legis veteris duodecim tabularum, quàm vt noui iuris inductiua responsa dicãtur.

Nunc veniamus ad versiculum, Idem quærendum. in quo duplex litera à doctoribus refertur: quidam enim libri habent pronepotẽ, quod probant doctores, vt quod de filio instituto, & nepote apud hostes substituto dicitur, trahatur ad nepotem institutum, & pronepotẽ captum, vt *sup. in § idem credendũ.* Sed *Pil. & Ioan.* habuerunt in litera nepotem, quinimò dicunt in lectione quæ habet pronepotem, dictionẽ, pro, superfluere, & sic volunt, quod loquatur text. in nepote, & sit talis casus, mortuo filio, nuru apud hostes pręgnante, nepotem instituit auus, qui nepos mortuo auo reuersus est, vtrũ institutus possit succedere quæstionis est, quod Scæuola cõcedit: sed an ex Gallo, vel lege Velleia dicit non esse quærendũ: sed istam lectionem reprobat Bar. existimans in specie proposita institutionem esse permissam expresè, per legem 12. tabularum, quia cùm tempore testamenti non viuat filius, qui nepoti posit obstare, iure communi suus hæres nepos efficitur, cũ ab aliquo testamenti tempore nõ præcedatur, ideò *Paul. de Cast.* inquit, quod prædicti doctores pessimè loquuntur, & ita omnes doctores reprobant glo. secundũ *Iass. hic in 5. col.* sed certè ista lectio rectè cõtra doctores defendi potest, quia in hac specie non loquitur lex 12. tabularum, nec aliquis ante Scæuolã, lex enim 12. tabularum loquitur in posthumo suo, qui si natus esset tempore testamenti suus hæres foret, sed hic non nascitur suus, & idem esset si in captiuitate tempore testamenti nasceretur, cùm seruus hostium foret: ergo ista quæstio ex l. 12. tabularum decidi non potest, sed quia æquitatis ratio suggerit, vt institui posit ille, qui natus ex postliminio rumperet, vt *in dict. si quis filio*

Vide Alcia. lib. 3 Parado. c. 15.

4 (margin, beside "Nunc veniamus")

5 (margin, beside "ideò Paul. de Cast.")

mortem nasci, nam inquit, hic enim suus hæres, & post mortem nascitur,] mortem autẽ illius, de cuius bonis agitur, interpretari necesse est, & ita hæc interpretatio Scæuolæ ad Galli consilium, & eius interpretationem adaptatur, potest tamẽ & ad interpretationem legis Velleiæ deseruire, capiendo istam regulam generaliter, vt non officiat nasci ex eo, qui institui non potuit rectè, vt si id contingat in speciebus legis Velleiæ, hæc interpretatio admittatur, sicut & regulæ eiusdem legis Velleiæ in argumentũ ad interpretationem Galli deseruiunt, vt *supra ista l. in §. quod si is. & in §. vt instituens supra isto tit.* non ergo species, quam hic confingit Scæuola est restringenda ad speciem §. præcedentis, qui de his, qui sunt apud hostes loquitur, cum hic de hoc nulla fiat mentio, sed generaliter est hic tex. accipiendus, & hæc est singularis interpretatio, ex hac autem regula infert & aliud generaliter *Scæuola*, vt non solum posthumus suus ex eo, qui institui non potuit, possit vocari, verum etiam si iste posthumus, qui nascitur omnino alienus nascatur, quòd continget, si viuo filio testatoris, eodemque suo auo nascatur: nam hic cum eum præcedat auus tempore natiuitatis alienus nascitur, & tamen, si postea eius auus moriatur, poterit succedere, tanquam si quis habens filium, aliquem ex eo adoptet in nepotem, cumque substituat filio, si filius moriatur valet institutio. Item si hic instituatur pronepos, licet nascatur in vita aui, mortuo prius filio, eodẽque auo priusquam proauus testator substitutus succedat, nec obstat quod hic alienus nascatur, ergo institui non potuit. Respondeo potuit in hac specie, quia viuo testatore nascitur, ideo non est incapax institutionis, sicut de nepote diximus in priori tex. parte, & hic casus qui ex ista illatione colligitur ad legẽ Velleiam potest pertinere, nec est mirum quod incipiat aliqua communia ad responsum Galli, & legem Velleiam exponere, vt videmus in *§. in his speciebus.* quia iam accingitur ad legem Velleiam interpretandam, & ita iste text. est optime declaratus, licet doctores nostri ita eũ inuoluant, vt si eorũ expositiones consideres, sint & diuinariuæ, & sine vllo prorsus exitu.
1 Sed opponitur in isto vltimo casu, iste est posthumus omnino alienus, ergo nullo modo institui potuit, cum alienus nascatur. Respõdeo, neque est posthumus vere, cùm nascatur in vita testantis, nec alienus cum substituatur auo, instituto in tempus quo futurus sit suus, & hæ omnes difficultates, ex legis Velleiæ speciebus possunt superari, vt *infra in §. nunc de lege Velleia. & in §. etiam si à parente.* & vide quæ dicemus in *dicto §. nunc de lege Velleia. nu. 6.* quod si opponatur, quod hic vltimus casus non differat à casu Iuliani, qui ponitur *infra ista l. in §. ille casus.* dicemus, quod verum est, quod iste casus probatur ex sententia Iuliani, quem *Scæuola ibi* examinat, qui est idem et casus, licet hic nõ expresserit esse Iuliani, & ita expone illum tex. ille casus, sci-

Franc. Sarmient.

licet, quẽ supra posuimus *in fine §. forsitan* indifficili est. & ita eius difficultas ibi examinatur, quia hic omissum fuit id, & ita tex. iste apertissimè procedit, omissis doctorum diuinationibus, qui nescio quid comminiscuntur de adoptione illius, qui est apud hostes, & an adoptio possit fieri per procuratorem, quod nunquam *Scæuola* cogitauit, quomodo enim qui seruus est, poterit adoptari? & agnascetur seruus? cum adoptio non ius sanguinis, sed ius agnationis affert,] vt inquit *Paulus in l. qui in adoptionem supra de adoptionibus*, item (vt inquit *Vlpianus*) nec adoptare nec arrogare quis absens, nec per aliũ eiusmodi solemnitatem peragere potest.] in *l. post mortem eod. tit.* sed hac occasione quærit *hic Bar.* an legitimatio possit per procuratorem expediri, & determinat, quod possit, quod in legitimatione, quæ à principe ipso conceditur, dubium non est, cum scientia principis procuratori concedentis legitimationẽ, vitium hoc 2
si foret, purgaret, vt *infra de re iud. in l. quidam.* sed si ab inferiore concedatur, idem erit, vt per Bar. quid de comparernitate quam vocãt? Sol. non contrahitur per procuratorem, ipse tamen procurator efficitur compater, secundũ doctores: licet *Paul.* hic contra, sed errat, quia in his quæ consistunt in facto proprio, quod fiat nomine alterius, nõ impedit quin ipse gerens teneatur, vt *C. de accus. in l. non eo minus.* & fac. bonus tex. quem hic *Alex.* allegat *supra commod. in l. si is cui. in §. fi.* quid autem in nuncio, an per nuncium contrahi possit, Ange. hic dicit contrahi, facit *C. si quis alteri, vel sibi in l. multum interest.* sed errat, quia nuncius constitui potest in actibus 3
verbi, non autem facti: qui enim agit aliquid eorum, quæ personaliter expediuntur, non potest dici nuncius, sic & in delictis non potest interuenire nuncius, sed is mandatarius dicetur, & erit, nisi delictum verbale fuerit, nam in eo vtriusque naturam sortietur, quia vtriusque delictum erit, cum hic per seipsum, ille autem per interpositam personam deliquerit.

SVMMARIVM
ex §. In omnibus.

1. In consilio Galli requiritur filij institutio.
2. Filio exhæredato in specie Galli, an vitietur testamentũ.
3. Nouus sensus huius tex.
4. An plena sit, & tuta Scæuolæ prouisio.
5. Acostæ opinio vera contra doctores.

§ IN omnibus his speciebus illud obseruandum est, vt filius dumtaxat, qui est in potestate ex aliqua parte sit hæres institutus, nã frustra exhæredabimt post mortẽ suam, quod non est necesse in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat, & in nepote certè, & pronepote; quorũ si liberi hæredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt præteriti.]

De isto tex. vide quæ latè diximus *supra in principio legis, & Acost. supra in §. & quid si tantum.* *Vide Alcia. lib. 3. Paradoxo. c. 10.*
& not. quod in consilio Galli semper requiritur filij institutio, de quo latè diximus in dict. l. principio. sed Bar. tenuit contrarium quòd

tacitè videatur institutus ex illis verbis, si filius
1 meus,&c.]& ad nostrum tex. respondet,quod
requiritur institutio saltem tacita, quæ in dict.
verbis inest.Sed contra hoc insurgit *Ias.* quia si
hoc verum esset,frustra à Scæuola moneremur
vt filij fieret institutio , si semper facta videtur
Contra Polit. tacitè,& bene argumentatur Ias. ideo *Polit. de subst. vulg. nu.16.* dicenti, quod aut dictum Ias.
est trufa,aut ipse eum nõ intelligit,vltimũ concedendũ est:sed bene possumus huic argumẽto respondere,quod Scæuola institutionis nos
admonet, magis vt exheredationem excludat,
Noua inductio. quàm vt expressam institutionem requirat, sed
verior est cõmunis opinio, & pro ea nouissimè
induco tex.nostrũ.nam si vera esset opinio Bat.
præteritio filij pro institutione tacita haberetur,si vtatur verbis Galli testator: sed istud est
falsum, quia præteritio filij , sicut exhæredatio
in specie Galli,reddit testamentũ nullũ,vt probat tex. in fi. ibi, quia possunt præteriti,] nec
placet inductio Aret.dicẽtis,istũ tex.non posse
intelligi de institutione tacita, quia dicit text.
vel ex parte,] quod institutio tacita partes habere nõ possit,quia hoc falsum est. finge enim
exterum in nouem vnciis,vel alium filium,& si
filius meus me viuo morietur, nepotem ex eo
&c.vt *infra de hæred. insti. in l. item quod Sabinus.*
2 Itẽ not. quòd exhæredatio filij in nostro tex.
reddit testamentũ nullũ.Sed contra, vt *inf. eod. l. inter cætera.* Sol.verum est,si exhęredatio rectè
fieret, non si post mortem exhæredati fiat.Sed
contra,rectè fieri potest,si fiat simpliciter, filiũ
meum exhæredo,& si filius meus, &c. Sol.nec
isto modo facta valet , cùm enim posthumus
institutus post mortem filij vocetur, nõ potest
filio viuo hęres esse,& sic exhæredatio non potest in vita exhæredati confirmari,quod requiritur *infra ad senatusconsul. Sillan. in l. si exhæredatus,& infra de contra tabulas. in l. filium. in §. sed cùm exhæredatio,* ideo nulla est, vt *supra in eod. l. si ita scriptum. in §. fi.* Sed contrà, imo poterit confirmari,aditione facta ab extero instituto,purè filio exhæredato. Sol.in nostra l.nullũ ponimus
exterum institutum , nec filio instituto adiectum, nec eo exhæredato alium scriptum, secundum doctores recentiores, vel si ponas exterum institutũ,ita debes fingere exhæredationem adiectã, si filius meus me viuo morietur,
exhæredo eum,& si quis mihi nepos,&c. secũdum Soci. ideo ista exhæredatio frustra fieret,
quia post mortem fit,vt *hic,& in dicta l. si ita scriptum. in §. fi.* item quia conditionalis esset, vt *supra in eod. l. 3. in §. pure,* si enim esset legitimè exhęredatus,ita quòd aditione confirmari posset
exhæredatio,non haberet vitium testamẽtum
in specie Galli,vt *infra in l. inter cætera.* quod etiã
ex nostro tex.probatur, ibi, ex aliqua parte,]
nam si filius in minore portione, quàm sibi lege debetur,instituatur, pro exhæredato habetur,eique datur querela,vt supra *de inoffi. testam. in l. Papinianus. in §. meminisse.* vbi notat *Bar.* &
fac *eod. tit. C. in l. parentibus.& infra de contra tabu. in l. non putauit. in §. fi.* quod rectè obseruauit *Acosta, vt supra in §. & quid si tantum. pag. 5.* ideo hic
sufficit, si in minima portione instituatur, qui
licet prius tentauerit in legitima portione debere institui,tandem concludit,ex quacunque
parte institutus sit,legi satisfactum esse,per nostrum tex.cũ nota. *extrau. de for. compe. Clemen. 2.*
quicquid inaduertenter *Ias. hic* contendat.sufficit autem vt in quacunque parte hæreditatis *Contra Ias.*
instituatur, non autem bonorum,quia præteritus esset, vt dicemus in *l. si quis seruum. in §. fi. infra de lega. 2.* vbi omnino videatur. denique
Scæuola in nostro tex. inualidam exhæredationem excludit, non autem validam , vt *infra in eadem l. in §. etiam si à parente. in fi.*
Nota tamen quòd si ita exhæredatio conce- 3
pta sit,etiam alia persona non admixta,Filium
meum exhæredo, etsi quis mihi nepos posthumus infra decem mẽses nascatur post mortem
meam,hæres esto,poterit defendi testamentũ,
quia potest confirmari exhæredatio , vt *supra eod. in l. filius à patre. in secundo responso. & infra de conditioni. instit. in l. fi. in fine,* licet enim posthumus præteritus non rumpat testamentum, exhæredato filio , & sic non videtur esse suus, vt
suitate exhæredatio confirmari possit , vt *supra in eod. l. si posthumus. in §. si filium exhæredauero.* ideoque neque videatur ex consilio Galli posse
admitti,cùm omnimodo alienus sit,nec futurus suus,tamen verum est,si præteritus sit institutus,tamen exhæredato filio suus habetur, vt
infra de acquir. hæredi. in l. qui in aliena. in §. interdũ.
& ita admittendam puto talem institutionem:
nam Gallus,non vt solum testamentum conseruaretur, prouisit, sed vt nepos futurus suus
institui possit, licet enim ob eam rẽ fuerit motus, tamen dispositio, quæ generalis restringi
non debet,cùm ratio non esset in vniuersum,
vt probatur *supra de mino. in l. 1. in principio,* & vide quæ diximus *supra in principio legis num. 63. & 66.* Item not.ex tex.quod requirit *Scæuola* institutionẽ filij sui non etiã emancipati,ibi,duntaxat qui in potestate,]sed opponitur,quod malè prouideat,nã si emãcipatus prætereatur, testamentũ iure prætorio rũpetur,vt *infra de bono. poss. contra tab. in l. 1. & per tot.* Sol.imo rectè prouisit *Scæuola*,nã in tota nostra lege solum id agi- 4
mus, vt testamentum ipso iure nullum nõ sit,
vel irritũ efficiatur,& huius tituli hęc est intentio,vt patet *infra in codẽ. l. inter cætera.* & hic iũct.
vt *supra de inof. testa per totum:* quinimo & vtilius
prouisit Scęuola,quia cũ ponas testamentum à
principio valere,& filiũ in vita testatoris decessisse,absortũ est ius rumpendi:ideo bonum est
Scæuolæ consiliũ, an autẽ iuris prætorij rationem habuerit nostra lex,latius diximus *supra in codẽ §. idẽ credendũ. & in principio legis n. 20. & 48. cum seq.* vbi latius explicatur noster tex. & *num.* 37. vbi reprobauimus opinionẽ Bat. nam de iure prætorio nõ requiritur filij institutio, si filius
viuo testatore decedat, sed quia superstes remanere posset, non in omnem casum securus
testatur,

testatur, etiam iure prætorio: si enim prius decederet, securus esset, vt *infra titul.1.in l.si posthumus, in §.idem circa.* quicquid Aret. comminiscatur, dicens, illū text. in specie nostra nō habere locum, ne concurrant duæ specialitates: altera ex æquitate illius text. & iuris prętorij, altera ex Gallo, quo posthumus alienus institui potest, in quo longe errat *Aret.* nā ius Galli non ex dispensatione admittitut, sed ex iure communi ex lege 12. tabularū ratione euincitur, vt *supra in principio legis* latius probauimus. Itē nota, quod nepos, & pronepos possūt præteriri, quia nō obtinebāt primum locū, nec vllo tempore obtinuerunt, secundum doctores, sed hoc dubitabile non erat, nec Scęuola dignum: ideo melior est illa opinio quam subtiliter defendit *Acost. in §. & quid si tantum. pag.99.* quod iure digestorum nepos etiam suus, & deinceps reliqui præteriri poterant, nec testamentum erat nullum, vt *infra de hæred. instit. in l. sed si in conditione. in §. nepotes.* vbi hoc tentauit *Imol.* tu vide latius *per Acost. in dicto loco,* qui satis cum iudicio hoc esse verū ostendit, idemq; in filia iuris esse, dū nepotes, & filia posthumi non sint. vid. per eum alia, quæ ad institutionem filij pertinent, an legitima sit quota bonorum, vel hæreditatis, dicemus in *l. si quis seruum. in §. fi. infra de lega. 1.* vbi omnino videatur, quia doctores malè hoc interpretantur: nec enim sufficit filium in aliqua re institui, nec in quota bonorum, nisi solus institutus esset, vt supra dictum est.

Contra Aret.

5

SVMMARIVM

ex §. Nunc de lege Velleia.

1. *Intell. communis istius text. verus non est.*
2. *Vtrum primus casus legis Velleia in l.12. tabularum contineatur.*
3. *De quo posthumo loquatur Velleius.*
4. *Posthumus pro incerta persona habebatur.*
5. *Velleius loquitur de posthumo improprio.*
6. *Capacitas instituti quibus temporibus consideretur.*
7. *Fœmina quando comprehendatur, vbi lineæ masculorum vocantur.*

§ NVnc de l. Velleia videamus, voluit viuis nobis natos similiter non rumpere testamentum, & videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur sui hæredes futuri essent: quid ergo si filium habeas, & nepotem nondum natum, tamen ex eo hæredem instituas, filius decedat, mox viuo te nepos nascatur: ex verbis dicendū est non rumpi testamentum, vt non solum illud primo capite notauerit, si nepos qui eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum etsi viuo patre nascatur: quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit obseruari id tempus, quo nascitur? nam etsi ita verba sunt, qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus hæres futurus erit, &c.]

Visum est de interpretatione responsi Galli, qui ostendit posthumum verum futurū suum posse institui: nunc de lege Velleia videndum est, quæ posthumum improprium in vita testatoris natum, post testamentum tamen institui posse ostēdit, & in primo capite agitur de posthumo, qui suus nascitur confecto testamento, iam ante testamentum subducto filio, vel non tunc subducto. Sed oppo. quod iste casus expressè lege 12. tabularum cōtineatur, quæ posthumos suos, qui si nati essent tēpore testamenti sui forent, institui expressè permisit. Sol. verū est, quod primum dictum primi capitis legis Velleiæ cōprehendit id, quod lex 12. tabularū disposuit, & addit eidem legi in secundo dicto caput primum l. Velleiæ. denique ex primo capite annotat *Scæuola* non solum posthumum suum, qui si natus esset tempore testamēti, suus hæres foret, institui posse, vt & l.12. tabularum licebat, verum & cum, qui si tempore testamēti nasceretur, suus non esset, nondū filio qui tunc temporis primum locum obtinebat defuncto, & hoc nouiter lex Velleia induxit in primo capite ex mente *glo. & Bar. Paul. in 2. col. in fi.* sensit etiam *Aret. 3. notab. & super glo. 1. Ias.* etiā post Alex. nec videtur lex Velleia superfluere, cùm & in primo capite aliquid de nouo inducat in secundo casu eius capitis secundū Aret. Mihi vero hæc recepta ab his doctoribus sentētia placere nō potest, vt lex Velleia primo limine impingat, verbaque legis 12. tabularū ita superfluè inculcet, nec l. Velleiæ verba sunt referentis ius antiquū, vt ex Scæuola apparet: nam & omnes hi casus legi Velleiæ tribuuntur, quod verum non esset, si l.12. tabularū verba id continerēt: ideo aliter legem Velleiam interpretandam arbitror, vt in omnibus suis speciebus necessaria sit eius dispositio: dic igitur, vt supra sæpius repetitum est, quod nec Gallus, nec Velleius, nec Iulianus corrigit, vel addit circa l.12. tabularum, sed eius mentem omnes interpretantur, & ostendunt, nullus tamen eorum casum verbis legis expressum persequitur, quicquid prædicti doctores hic sentiant. 1

Contra doctores.

Videndum igitur, num primus casus l. Velleiæ verbis legis 12. tabul. contineatur: posthumus suus vt institui possit, lex 12. tabu. permisit, Velleius vero in primo casu primi capitis loquitur in posthumo suo, qui si nasceretur eo tempore, quo fit dispositio, suus esset: ergo verba legis 12. tabu. eum casum comprehendunt, nec mentis eo casu inductio est necessaria, cum verba hoc expresse statuant? Respōdeo, lex 12. tab. de posthumis loquitur: posthumus autem dicitur, qui post humationē patris nascitur, vt *infr. tit. 1. in l. 3. in §. posthumi.* sed Velleius in posthumo, qui nascitur in vita testatoris loquitur & sic de posthumo improprio; ergo non verbis, sed mente legis 12. tab. hic casus continetur, & ex interpretatione inducitur. ratio enim legis 12. tab. illum etiam casum cōplectitur, præteritus enim hic posthumus rumperet, sed quia vsque ad Gallū nullus à verbis legis circa posthumos disponentis recedere ausus est, & eadē 2

5

Vide Alcia lib.3. Paradoxo c.19.

ratione,

ratione, nec ab interpretatione Galli fortè auderent, necessaria fuit legis Velleiæ interpretatio, & iste est verus sensus huius primi casus legis Velleiæ, quem doctores non sunt assecuti, quod euidentius apparebit, si ea, quæ de posthumorum mentione facta in statutis *supra in principio huius tituli in rubrica* dicta sunt, hic repetantur, maximè si antiquorum in verbis obseruantia rectè perpendatur, quæ vsque ad Codicis tempora ferme durauit, nec potuit ante radicitus exstirpari, vt patet ex *tit. de formu. sublat.* & in aliis pluribus eius constitutionibus. Sed contra hæc sic argumentor, & videtur quod ista species lege 12. tabul. expresse fuerit admissa, nam si neg. is verbis legis 12. tabu. suum institui permittentis posthumum improprium, qui in vita testatoris nascitur comprehendi, nisi ratio legis, & iusta interpretatio attenderetur, concedere oportet, & verba legis 12. tabularum, quæ in alio capite posthumorum institutionem, quia incerti posthumi habeantur, prohibuit istus impropios posthumos non comprehendere, denique aut in prohibitione legis non venient, & iure communi institui poterüt, aut si in prohibitiue verbis comprehendebantur, & in permissione institutionis suorum posthumorum venient, cùm verbis posthumi vtrumque caput legis 12. tabul. vtatur. Sed his potest singulariter respondere, quod lex quæ
4 posthumos instituere prohibebat, quod incertæ personæ habebantur, etiam posthumos improprios comprehendebat, verbis ipsis. nam cum certitudo tempore testamenti inspiceretur, verba ad omnes posthumos, qui tempore testamenti in rerum natura non erant, pertinebant, ideo de lege prohibente quæstio non erat, cùm etiam improprios posthumos comprehenderet, sed ea quęstio in alio capite legis, quoad admissionem suorum posthumorum cadere potuit, quam cum iudicio Velleius prima specie primi capitis suę legis decidit, vt nullus reliquus sit casus, qui possit vocari in controuersiam, quod nota, quia per aliquem doctorum non ita explicatum inuenies.

5 Sed contra l. Velleiam sic argumentor: lege 12. tab. alienus posthumus institui non poterat, Velleij tamen interpretatione est admissum, vt posthumus improprius, qui cum nascatur est futurus suus, licet alienus esset tempore testamenti, institui possit, vt ex primo capite patet: sed ex ipso apparet, quod loquitur in eo nepote, qui viuo patre nascitur vt tex. probat in fi. ergo non loquitur in eo qui nascitur suus, sed alienus: ad hoc responderunt aliqui, quos refert glos. quod vtrumque ex primo capite legis Velleię inducatur, sed hoc verum non est, alioqui vacaret, secundum caput, quo id inducitur, vt in §. sequenti, ideo glo. aliter respondet, vt verba text. ibi, viuo patre,] interpretentur, scilicet, filij, qui & ipse testator est, non autem viuo patre nepotis, eodemque filio testatoris, nam hic casus ad secundum caput pertinet, & hanc interpretationem sequuntur doctores antiquiores: sed hæc interpretatio defendi non potest, quod verba illa de auo intelligantur, quia versiculus præcedens, cuius est pars, augmentatiuè loquitur, quando filius est mortuus ergo secunda pars, quæ ei aduersatur, in eadem filij persona debet intelligi, non in diuersa. quis enim ita diceret, non solum mortuo filio, eodemque patre nepotis, verum etiam viuo auo, &c. ideo litera debet legi plano modo: ad quod notandum est, quod text. *in versiculo non solum.* ibi, si nepos,] legitur duobus modis, altero modo, vt tex. dicat, si nepos eo tempore, &c.] altero, si nepos qui eo tempore,] & secunda litera cum relatiuo est vera, & erit sensus, vt tex. dicat, Si nepos, qui nascatur eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum etiam si viuo patre instituatur. denique verbum, eo tempore,] ad institutionem, non ad natiuitatē refertur, & sic sunt duo casus, alter quando instituitur nepos posthumus mortuo filio, in quo cadit difficultas supra dicta, quia licet sit suus, tamen improprius posthumus est, alter vero casus, quādo instituitur viuo patre, qui eo mortuo nascitur, viuo adhuc testatore auo, & ita tex. non habet difficultatem, quid enim necesse est, &c.] vt text. dicit: in aliis libris deficit verbum Nascatur, & legitur plano modo & probabit clarius sensum nostrum: debet itaque legi text. cum relatiuo qui, quod regat verbum illud, Nascatur, aut deficere debet verbum illud, Nascatur, & ita habes tex. nouissime explicatum, qui per alios non suo sensu accipitur.

Sed contra l. Velleiam opp. cum Bar. testamentum, in quo secundum l. Velleiam posthumus instituitur, nullum est, quia instituitur posthumus, qui alienus est testamenti tempore nec sufficit, quod sit futurus suus, cùm instituti capacitas debeat tribus temporibus attendi, in quibus testamenti tempus comprehenditur, 6
vt *infra de hered. insti. in l. si alienum. in §. in extraneis.* Sol. secūdum Bart. illa tempora inspiciuntur in pura institutione, non in conditionali, vt de *heredi. insti. in l. in tempus.* de qua Scæuola loquitur in ea specie, quam de posthumo alieno testamenti tempore fingit, ad quod vide quæ dixi *supra in principio legis nu. 5* & ex his not. quod Velleius non corrigit legem 12. tabularum, imo cum ea concordatur eius dispositio, & interpretatio est legis 12. tabularum, non emendatio, vel additio: & sic doctores vel tenentes in nostram sententiam trahuntur: vt in nostra lege ius nouum non inducatur. Item oppo. quod ex alio capite testamentum in specie legis Velleiæ confectum sit nullum, quia non constat in eo filium fuisse institutum, ergo nullum est testamentum, vt *supra in eodem l si filius qui in potestate.* Sol. hic præmitte institutionem filij, vt in §. in omnibus. in specie Velleij sicut in Galli Aquilij responso locum haber, quod not. ad id quod diximus *supra eodem in § forsitan.*

Veniamus

7 Veniamus ad versiculum, qui testamentum,]& legitur duobus modis in glo.finali circa finem, ex qua notant doctores, quod fœmina respectu lineæ masculinæ, ex qua descendit, dicitur virilis sexus, ex quo plura inferunt recentiores hic: tu dic, quod illud verbum virilis sexus positum in tex. est genitiui casus, & ita accipiendo quis neganit, vbi agitur de descendentibus per virilem sexum, fœminam esse virilis sexus, si pater eius ex illa linea de qua agimus fuerit, contrà autem vbi in nominatiuo accipitur, quia fœmina non est sexus virilis: in quæstione autem de emphyteusi concessa descendentibus per virilem sexum, vel ex linea masculina, vtrum fœmina vocata videatur, quæ ex illa familia sit, doctores hic fusius loquuntur, mihi vero ea est sententia, vt distinguamus, sit dispositio perpetua, tractumque habeat successiuum in his quæ ex linea masculina descendunt: & puto in hac specie fœminã excludi, quia ea admissa, eius filij admitterentur, vt *infra de lega.2.in l.cum pater.in §. cum inter libertos.* nec deberet esse melioris conditionis masculus, quàm eius mater fœmina, vt *C.de bon. matern in l.si viua matre.* sin vero esset temporalis, nec habet tractum successionis, vt vocentur hi, qui de familia sunt, vel descendentes ex linea masculina vnica vice, nec conseruatio in familia ponatur, & tunc fœmina veniet, vt hic, quia cessat ratio quod degeneraret à familia, nam nec testator prouisit, vt in ea remaneret, tunc enim perpetuum fideicommissum esset, vel dispositio, & sic ex præcedenti membro censeretur, & ad hæc faciunt, quæ dixi *supra in eodem §. quidam recte.* pro hoc fac. *C. de fideicommiss.in l.volunt.is.* quæ ita debet intelligi.

SVMMARIVM
ex §. Etiam si parente.

1. *Casus huius tex.*
2. *Contra Ias. quæ ridicula profert.*
3. *Casus Ias.*
4. *Casus elegans à Scæuola non expressus.*
5. *Si quis accipiat emphyteusim pro suis heredibus, an de filiis intelligatur.*
6. *Interpretantur verba Bar.*

§ Etiam si parente viuo nascantur, sequenti parte succedentes in locum liberorum, non vult lex rumpere testamentum, & ita interpretandum est, vt si & filium, & nepotem, & pronepotem habeas, mortuis vtrisque, pronepos institutus succedens in sui hæredis locum, non rumpat, & benè verba se habent, si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus: nec solum si nepos viuo patre decedat, nec succedens pronepos auo mortuo rumpat: sed & si superuixit patri, ac decedat, dummodo hæres institutus sit, aut exhæredatus.]

Hic ponitur secundum caput legis Velleiæ, & oppo. cum Bart. quod hæc sint posita in capite præcedenti, ibi, si viuo patre,] tu dic, vt ibi dixi, scilicet, instituatur, non nascatur, quiequid doctores velint: & iste text. facilis est intellectu vsque ad finem, vbi de exhæredatione agitur, & finge casum ad nostrum text. ex lege Velleia, instituo filium, & si filius meus me viuo moriatur, & nepos, pronepotem substituo, 1
bona est institutio, si prius nepos, postea filius moriantur, si enim prius filius moreretur, agnasceretur nepos, & nullum efficeretur testamentum, nisi institutus, vel exhæredatus esset.

Sed oppo. quod frustra exhæredetur post mortem suam, vt *supr. in §. in omnibus.* Sol. secundum *Paul. Aret. & Socin.* hic, ideo exhæredatio valet, quia fingi debet, tertium fuisse institutum, cuius aditione exhæredatio possit confirmari, nec hoc diuinationem continet, quia cùm text. exhæredationẽ admittat, omnia exhæredationis solemnia admitti debent, arg. *de atat. & qualit. in l.6.in c.1.* ex quo not. elegantet *Socin.* quod nepos à primo gradu præteritus, eũ non rumpit, si filius reperiatur institutus, etiam si externus sit admixtus. quod reprobat *Ias.* duabus ridiculis rationibus, quarum altera ea est, 2
quod pronepos per substitutum excluderet, si in primo gradu superesset externus filij cohęres, quasi verò substitutus à coniuncto excludi soleat, quod nemo vnquam dixit, vt *infr. de bon. poss. secundum tabulas, in l. 2. in § si duo.* altera autẽ est, quia, si fingimus nepotem, & filium viuo testatore decedere, ergo nunquam potuit exhæredatio nepotis aditione confirmari, cum viuo testatore adiri hæreditas non potuit. *C. de vsuc. pro hæred in l.opinione,* quod requirebatur *infr. de bon. poss. contra tabulas, in l. filium, in §. sed cùm exhæredatio:* sed hic ratio etiam falsa est, quia vult, vt exhæredatio valeat, quod requiratur, vt superstes sit exhæredatus testatori, quod verum non est, vt *supr. in eod. l. si quis posthumos, in § si filiũ, cum gloss verbo, testamentum.* Item loquitur contra nostrum text. quia quacumque ratione defendatur exhæredatio, quã Scæuola hic admisit, mortuo exhæredato, viuo exhæredante defendi oportet. nam in hac specie text. loquitur, vt enim exhæredatio valeat, hoc solũ requiritur, vt ita fiat, quod aditione confirmari possit, si contingat eum viuere, aditio enim ad confirmationem requiritur, non ad validitatẽ testamenti, sicut ad alia in testamento cõtenta, quæ aditione confirmantur. fac. *inst. quib mod. testam. infir. in § posteriore.* & quod non requiratur aditio in vita exhæredati, text. est ad literam. *inf. ad senatusconsult. Sillania. in l. si exhæredatus.* denique nulla ratione motus *Ias.* recedit ab opinione Socin. & aliorum, negatque hic externum hęredem institutum cum filio, aliumque ponit nouum sensum, de quo nunc statim agemus. Nota tamen, quod id quod *Socin.* ex nostro textu colligit, & *Ias.* reprobat, dubitabile nõ est, quia si ponas filium primo gradu exhæredatum, extero hæredeˊ instituto, nepote præterito, valet testamen-

testamentum, nepote excluso, vt *supra in eodem. l. si quis posthumos. in §. si filium exhæredauero.* quanto magis in specie, quam *Socin.* fingit, in qua filius non exhæredatus, sed institutus est.

Sed veniamus ad intellectum Ias. qui vult in nostro tex. exhæredato nepore non fuisse extraneum, vel tertium hæredem institutum, exhæredationem tamen valere, ita fingendo casum, testator instituit filium, nepotem exhæredauit, pronepotemque si filius se viuo moriatur, hæredem scripsit, nam mortuo filio, viuo adhuc testatore, & nepote, suus hæres pronepos efficitur, exhæredatioque suitate confirmatur, vt *infra de acq. hæred. in l. qui in aliena. in §. interdum.* iste intellectus Ias. subtilis sanè est, & verus, benè tamen potest communis sensus defendi. Nota tamen eleganter ex Ias. sensu, quod
4 *Intellec. Ias. valde subtilis.* erit nouus casus à Scæuola non expressus, quo posthumus institui possit eius patre non subducto morte, emancipatione, deportatione, vel aquæ & ignis interdictione, sed exhæredatione: non quod in ea specie posthumi sit necessaria institutio, vt in *dicto §. si filium exhæredauero.* sed erit vtilis, & admittenda, cum institutione suus hæres efficiatur, vt *in dicto §. interdum.* quod est singulare.

Sed circa nostrum text. quæro, quid illa verba significent, si quis ex suis hæredibus suus hęres esse desierit, vide *Bar. hic*, sed dic, quod verba hoc continebant, si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit, sequens in gradu suus hęres esto, institutique possit, etiam si testamenti tempore suus hæres non fuerit. Item nota, quod suus hæres dicitur in vita, sic *supra in eodem l. in suis.* & ex hoc quęrit Bar. cum filius suus
5 hæres dicatur, an si quis accipiat emphyteusim pro se, suisque hæredibus, an de filiis intelligatur, & respondet *Bart.* aut verba referuntur ad tempus vitæ, & intelligitur de filiis, quos solos, non autem exteros in vita quis hæredes habere dicitur, vt hic, & *C. de vsucap. pro hered. in l. opinione.* verba enim, quæ proprio non possunt capi sensu, impropriè accipiuntur, vt *infra de fund. instr. in l. fundus qui locatus.* secundum Soci. aut verba referuntur in tempus mortis: & inquit *Bart.* quod aut materia est talis, quæ indistinctè solet transire ad extraneos: vide *Cuma.* sed dic generalius, vt comprehendatur tex. *C. de leg. in l. in annalibus.* aut est materia, in qua filij ab extraneis non secernuntur, quia aliquid ipsi peculiare non habent, & tunc appellatione hęredis, si profertur à recipiente venit quilibet extraneus, dic vt per *Bar.* Item in quantum *ipse in col. finali* dicit, sed contra prædicta facit, vt *supra de*
6 *vsufruct. accresc. in l. si quis Titio.* dic, quod *Bart. sup. in 2. col. post principium* ibi, secundo casu dixerat, quod vbi hoc verbum hæres profertur à concedente, si verbum ipsum intellectum de omnibus hæredibus in infinitum pareret iniquitatem, de filiis intelligitur, vt *infra ad Trebell. in l. ex facto. in §. finali*, sed in *dicta l. si quis Titio.* hoc contingit, vt si Titio legem fundi proprietarem, hæredibus autem meis vsumfructum, non intelligitur de liberis, & tamen æquum esset, vt proprietas inutilis non redderetur, intelligendo de hæredibus indefinitè: sed respondet *Bar.* quod ibidem apparet de intentione testatoris, qui de scriptis intellexit, ideo cessat prædictum inconueniens, & ratio interpretandi de liberis, quod est notandum.

Item collige ex isto tex. quod secundum caput legis Velleiæ loquitur, vbi nepos nascitur viuo filio, & filius subducitur viuo testatore, primum vero caput loquitur vbi nepos mortuo filio nascitur, & sic in posthumo qui suus nascitur: quinimo & in primo casu loquitur, quando tempore testamenti ab aliquo non præcedebatur, vt ibi diximus: denique primum caput loquitur in posthumo suo, vel tempore testamenti, vel natiuitatis, secundum caput in posthumo alieno tempore testamenti, vel natiuitatis, qui tamen viuo testatore, suus agnatione efficitur.

SVMMARIVM

ex §. *Videndum.*

1. *Fingitur casus huic §.*

§ VIdendum nunc hac posteriore parte, si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit, liberi eius, & cæteri in locum suorum hæredum succedant, possit interpretatione induci, vt si filium apud hostes habens, nepotem ex eo hæredem instituas: non tantum si viuo te filius decedat, sed etiam post mortem antequàm ab hostibus reuersus fuerit, succedendo non rumpet: nihil enim addidit, quo significaret tempus: nisi quod licet audenter possis dicere, viuo patre hunc suum hæredem esse desisse, licet post mortem decedat: quia nec redit, nec potest redire.]

Hic fingitur quidam casus, qui ad secũdum caput legis Velleiæ pertinet, quidam filium suum apud hostes detentum hæredem instituit, & nepotem in vita nasciturum. si filius suus, &c.] filius viuo adhuc, vel mortuo patre, apud hostes decessit, vtrum nepos institutus per l. Velleiam admittatur, quæstionis est: in qua *Scæuola* ex verbis legis argumentatur, quia quocunque pacto suus hæres esse desierit, &c. Item ex fictione, quia licet mortuo testatore decederet fictione legis Corneliæ, in vita decessisse videtur. Sed opp. cum *Bar.* quod iste casus pertineat ad primum caput l. Velleiæ, non ad secundum, nam inspici debet fictio, non veritas: ideo tempus captiuitatis, non quo decedit attendi debet, alioqui numquam posthumus suus hæres efficeretur, cum vere viuat pater post testatorem, vt *infra tit. 1. in l. si quis filio exhæredato. in principio*, ideo fictio inspicitur, & sic captiuitatis tempus, sed tempore captiuitatis nõdum erat conditum testamentum, & sic tempore 1

pote

pote testamenti filius sublatus erat de medio, ergo ad primum caput legis Velleiæ hic casus pertinet, vt diximus *supra in eodem* §. *nunc de l. Velleia*. licet alij velint ad l. 12. tabularum illum casum pertinere, quod ibidem non admisimus: sed ad hoc potest responderi, quod cum testamenti tempore ius filij, capti sit in suspenso, & etiam nepotis sit futurus suus, vel non, si apud hostes decesserit filius, vel redierit, vt *C. de capt. in l. nec nos. & insti. quib. mod. ius patr. potest. sol. in* §. *si ab hostibus*. iste casus ad primum caput pertinere non potest, quod loquitur vbi filius verè subductus est, non vbi pendet eius subductio, licet postea verificetur, ille enim qui apud hostes est (quod de nauiganti dixit Bias) nec inter mortuos, neque inter viuos est connumerandus, & iste est verus sensus nostri tex. faciunt quæ diximus *supra in* §. *quid si is. & in* §. *si eius*.

Sed oppo. cum Batt. quod iste casus sit iam decisus *in dicto* §. *si eius*. Sol. ibi de nato apud hostes, hic de nato in ciuitate agitur: certè ille tex. nihil commune habet cum specie nostri text. quia ille text. loquitur de tedeunte ab hostibus, hic vero de eo qui apud hostes decessit, ille de eo qui suus efficitur, hic vero de eo qui à suitate subducitur. Item oppo. filius in hoc tex. moritur post patris mortem, ergo nepos non potest esse suus, vt *supra isto tit. in l. si quis posthumus. in* §. 1. Sol. verum est, nisi fictio cõsideraretur, propter quam videtur in patris vita decessisse. Sed oppo. de restitutione, quæ fit post mortem, quæ non attenditur. Sol. aliud in restitutione quæ non trahitur retro, aliud in fictione legis Corneliæ, vel postliminij, vt *supra in* §. *& quid si tantum, in glo.*

SVMMARIVM

ex §. *Ille casus.*

1. *Casus sumitur pro specie. contra Budæum.*
2. *Casus Iuliani est difficilior omnibus alijs.*

§ Ille casus in difficili est, si filium habeas, & nepotem nondum natum instituas, isque nascatur viuo patre suo, ac mox pater decedat, non enim suus hæres est tempore quo nascatur: nec posteriori alij succedendo prohiberi videtur rumpere, quàm qui iam natus erit: denique & superiore capite vt liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permittit, posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi: neue ob eam rem minus ratum esset quod succedit. Porro procedere debet, vt vtiliter sit institutus, quod nullo iure potuit, qui nondum natus etat. Iuliano tamen videretur duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. Quæremus tamen, cum recepta est Iuliani sententia, an si nascatur nepos viuo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hæreditatem, quod magis probandum est, nam emancipatione suus hæres fieri non potuit.]

Ibi, non permittit,] quia hoc facere omnibus licebat, nec enim lex etat, cuius mens vel verba impedirent, quia natus tempore testamenti institui possit, ideo secundo capite lex Velleia, vt ea potestate vteretur testator docuit, non autem permisit: in tex. ibi, recepta,] scilicet inter iuris consultos, doctorum autem, vel scribentium non ita est præiudicata auctoritas, vt ab eis recepta opinione recedere non liceat, vt *C. de vete. iur. enucl. in l. 1. in* §. *sed neque ex multitudine*. 1 *Vide Alcia. lib. 3. Paradoxo c. 20.*

Item not. ex text. quod casus sumitur pro specie, vt hic, iunct. *supra eodem in* §. *in omnibus.* & probatur *supra eodem in* §. *& quid si tantum. & supra in* §. *instituens. & supra in* §. *forsitan*. vbi expressè hoc probatur, quicquid contra nostros scribentes inmurmuret *Gulielmus Budæus, in annotationibus prioribus ad Pandectas, in pagina* 38. *in paruis*.

Item nota quod iste casus, quem Iulianus fingit, fuit notatus à Scæuola supra in §. forsitan. in fi. quem hic examinat, quia est in difficili. nullus enim alius in hoc toto tractatu est adeò difficilis, nam in casu Galli, licet posthumus qui instituitur, sit alienus tempore testamenti, suus tamen est cum nascitur, iam sublato filio in vita testatoris, vt in principio istius legis, sed in specie Iuliani, posthumus nascitur alienus, cùm viuo patre nascatur, vt hic, item difficilior est casus iste, quàm hi, qui in lege Velleia ponuntur: nam primum eius caput de eo loquitur, qui suus hæres nascitur, vt diximus in §. *nunc de lege Velleia*. vbi hoc probatur. Item secundum caput de eo loquitur, qui natus etat tempore testamenti, qui omni iure institui potuit, at *Iulianus* de eo qui postea nascitur: admittendus tamen est difficilis hic casus, eadem ratione, qua consilium Galli, quia institutio conditionalis est, in qua capacitas eo tempore inspicitur, quo defertur hæreditas, vt in *l. in tempus infra de hered. institu. & in l. penultima. infra de regula Catoniana*, & quod hic dicitur, quod nullo iure potuit institui, eo pertinet, vt Iuliani species nullo iure expresso admissa sit, quia lex 12. tabularum in posthumo suo loquitur. Item Galli, & Velleij interpretatio non hanc speciem confinxerat, ideo nouus casus & difficilis est, quem Iulianus adinuenit. Item nota quòd *Scæuola noster* vidit responsum Iuliani, & Galli Aquilij, fuerunt enim iuris consulti antiquiores, vide quæ diximus *supra in* §. *idem credendum*. 2

INDEX

Ias. hic. quod & in filiorum verbo dicendum
est, vt nepotes propriè non comprehendat, sed
per extensionem, vel interpretationem, & vi-
de *Pauel. in prima parte, in l. 1. C. de bonis matern.
num. 69.* licet nihil noui addat.

SVMMARIVM

ex §. *Si eius.*

1 *Iste casus an pertineat ad Gallum.*
2 *An pertineat ad legem Velleiam.*
3 *An ex Iuliano hic casus decidi possit, & iterum an ex Gallo*
4 *Declaratur versiculus idem quarendum.*
5 *Defenditur contra omnes opinio to.*
6 *Hic nec est impossibilitas in genere qua fictio impediatur.*

§ SI eius, qui filium habeat, & nepotem ex
eo instituat, nurus prægnans ab hostibus
capta sit, ibique viuo pariat, mox ille post mor-
tem patris, atque aui redeat, vtrum hic casus
ad legem Velleiam respiciat, an ad ius anti-
quum aptandus sit? possitque vel ex iure anti-
quo, vel ex Velleia institutus non rumpere?
quod quærendum est, si tam mortuo filio pro-
nepotem instituat, redeatque mortuo, sed cum
testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert,
vtrum ex iure antiquo, an ex l. Velleia exclu-
datur.]

Vide Alcia. lib. 3 Paradoxa in c. 15. cum sequent.

Oppo. cum Bar. quòd institutio nepotis nõ
sit necessaria, vt *supra in eod. l. si quis posthumos. in
§. 1. & infra tit. sequenti, in l. si quis filio exhæredato.*
vbi nepos potest præteriri, & hęc oppositio po-
test obiici omnibus partibus huius legis. Solu.
verum est, vbi filius præcedit nepotem tempo-
re mortis testatoris, secus vbi non præcedit, vt
hic, & per totam nostram l. & fac. *instit. de here-
di. quæ ab intesta. defer. in §. ita demum.* Item opp. is
qui apud hostes est, cùm seruus hostium etiam
succedere non potest, vt *supra in eod. §. quid si is.*
est enim mortuus ciuiliter, ideo non succedit,
vt *supra in §. & quid si tantum.* Sol. verum est si
ibi decedat, si vero reuertatur in ciuitatem, iu-
re postliminij hæc recuperat, & rumpit, si se re-
periat pręteritum, vt hic, & has secundas oppo-
sitiones confusè prosequitur *Bart.* eas simul
coniungendo. Sed opp. quòd postliminium
locum habere non possit, quod in captis est in-
ductum, sed hic nepos non fuit captus, cum
natus fuerit in captiuitate, ergo cessat postli-
minium extremo deficiente. Solut. imo postli-
minium conceditur ventri capto, vt *C. de capt.
& postlim. reuers. in l. 1.* & probatur *infra tit. 1. in l. si
quis filio exhæredato. in §. siue autem.* & sic debet
institui, vt veniens non rumpat, institutus enim
non potest rumpere, licet enim possit se ab hæ-
reditate abstinere, id tamen non est rumpere
testamentum, de qua ruptione agimus, quic-
quid glo. verbo excludatur, & *Bart.* hic, vt pa-
tet *infra tit. 1. in l. nam etsi sub conditione. in §. post
defectum.*

Nunc veniamus ad declarationem tex. quo
pacto iste casus admittatur, & videtur, quòd
casus iste ad Gallum Aquilium non pertineat,
nam hic nascitur filius viuo testatore, & viuo
filio, ergo ex duplici capite ad Gallum Aqui-
lium pertinere non potest: quia in consilio
Galli requiritur, quòd impediens posthumi
suitatem subducatur de medio in vita illius, de
cuius hæreditate agitur, & quod posthumus
defuncto filio, vel præcedenti nascatur.

Vtrumque autem in specie nostri text. defi- 1
cit: item licet videatur iste casus ad Gallũ perti-
nere ratione fictionis, quia tempore quo redit,
videtur natus ille, qui apud hostes editus fuit,
& sic post mortem, tamen hoc non admittit
Paulus, dicens, quod cùm Galli Aquilij respõ-
sum correctorium sit, non debet extendi ad
casum fictionis, sed hæc ratio ridicula est, cùm
iam §. *quid si is.* casus fictionis sit admissus, & ta-
men verum est, non ad Gallum Aquilium per-
tinere, non enim ex veritate pertinet, quia na-
scitur viuo testatore, & filio, nec ex fictione,
quia non est in iure inuenta talis fictio, quæ
non respiciat retro, imò in futurum suspendat,
nec ex lege Cornelia, vel postliminio poteris
hoc euincere: item iste casus ad l. Velleiam 2
non pertinet, quia ille loquitur in natis viuo
testatore, quod licet hîc contingat, tamen na-
tiuitas quæ apud hostes contingit, non potest
considerari, cũ à ciuili morte antenertatur, vel
præoccupetur, vt suprà in §. *& quid si tantum.*
nam si superueniens tollit capacitatem, multo
fortius à principio impediet: si enim excludit,
multo magis non admittet, *extrau. de iureiur.
in c. quemadmodum. supr. de his, qui sunt sui. in l. pa-
tre furioso.* nec potest dici fictione postliminij,
ante captiuitatem natum videri captiuitatis
tempore subducto, quia deficit extremum, ad
quod fictio respiciat, cùm non esset in rerum
natura: postliminium enim quod partui con-
ceditur, vt *in tit. 1. in l. si quis filio, in §. siue autem,
& in dict. l. 1.* non conceditur cum retrotractio-
ne, cùm si retrotrahatur, nullum ius habeat,
nec hoc concedi potest ex lege, vt *supr. de statu
homin. in l. qui in vtero.* ne fictio in fictionem in-
cidat, quod esse non debet, vt in *l. r. C. de dot.
promiss.* denique iste casus ad l. Velleiam non
pertinet, cùm dici non possit, istum in vita te-
statoris ciuiliter vixisse, item nec ad casum Gal-
li, qui loquitur in nato infra 10. menses post
mortem, at hic potest & post decem annos re-
dire, vt dicit *Bart.* sed magis applicatur iste ca-
sus ad responsum Galli, ex eo, quia post mor-
tem aui, & patris suus hæres agnascitur, & hoc
magis ex benignitate, vel æquitate, secundum
Cuman. qui bene in hoc dicit, licet *Ias.* eum re-
prehendat, immerito certè, nam & Scæuola
expressè sentit ex Gallo, vel ex l. Velleia stricto
iure non posse hunc casum decidi, cùm quæ-
stionem determinando videtur responsionem
super hoc effugere voluisse, casumque admit-
tit, æquitate suggerente, authoritate autẽ Gal-
li, vel Velleij hoc decidi posse non admisit, sed

Contra Paul. de Castro.

ex

ex inutilitate quæstionis hoc excusat.

3 Sed videamus an ex Iuliano possit hic casus decidi, sed certè non potest, quia Iulianus loquitur quãdo nepos posthumus viuit eo tempore, quo pater de medio tollitur, sed casu nostro, licet nepos viuo patre nascatur, tamen dici nõ potest natus, qui ciuiliter mortuus est eo momento quo nascitur, nam & ista ratione ad l. Velleiam non pertinere diximus sup. Sed oppo. quòd ista quæstio nostri text. non procedat, cùm nepos iste posthumus suus hæres esse non possit, nunquam enim fuit in potestate, vt *infr. de coll. bon. in l. fi.* nec potest dici hoc in hoc posthumo excusari, sicut in reliquis posthumis, qui sui dicuntur: nam & alij sui habentur, quia si viueret testator quousque nascerentur, essent in potestate futuri, & dies natiuitatis refertur ad tempus præteritum, vt *supr. de stat. hom. in l. qui in vtero.* hęc enim in eo posthumo de quo agimus, cessant, cùm ciuiliter mortuus in potestate hostium nascatur, ideò dicendum est ex interpretatione Scæuolæ, cessante materia, fictionum æquitate suggerente, posthumum istum suum hæredem haberi, & ita intellige istum difficilẽ §. & vt clarius eum, & supradicta intelligas, explicemus gloss. nostram: & quæro; si iste casus ad Gallum, vel ad Velleium pertineat, ad neutrum videtur, vt Scæuola sentit, ad Gallum nõ, quia Gallus loquitur quando mortuis vtrisque nascitur nepos, hîc verò ambobus viuis, & hoc, inspecta veritate, dubium non est, sed idem est inspecta fictione, quod sic probatur: in consilio Galli admittuntur fictiones §. *quid si is.* sed inspecta fictione, hic casus ad Gallum non pertinet, quia secundum fictionem, iste nepos videtur natus in vita, quia si poneres eum mortuum in captiuitate, ex lege Cornelia fingeretur mortuus antequam caperetur, & in consequentiam natus in vita testantis, sic & in fictione postliminij, de qua loquimur, vt reuersus natus viuis parentibus videatur, ergo ad Gallum non pertinet, siue fictio, siue veritas attendatur, sed in hoc dic melius, vt sup. vt in hoc fictiones prædictę retrotractionem non habeãt: item non pertinent ad Gallum cũ apud hostes editus suus hæres non nascatur: item cùm præcedatur à patre, item argumentor, vt in simili gloss. ille qui capitur moritur ciuiliter, ergo fingitur natus, viui enim moriuntur, ergo natus videtur in vita parẽtum, & sic non pertinet ad Gallum, sed nec pertinet ad Velleium, quia videtur natus cũ redit, & sic post mortẽ testantis, & patris, nec obstat si ex postliminio dicatur natus, cum capitur, sicut in l. Cornelia diximus, quia respondent gloss. quòd impossibile est, &c. tu dic, quod daretur fictio fictionis, & vna incideret in aliã. Item dicit glo. quod postliminium locum non habet, quod ita demum locum habet, si redeat cum patre, &c. at hîc redit solus, sed in hoc glos. est falsa, quia id solum in conceptis in captiuitate verum est: tandem concludit gl. quòd hic casus pertinet ad Gallũ primo, quia Galli interpretatione potest decidi, arguendo à similitudine casuum, vt in §. *& quid si tantum.* sed hoc non placet quia dissimilis est casus, cùm hic licet efficiatur suus, potest hoc post decem menses contingere: item nõ nascitur suus, item quia non reperitur in iure fictio suspensiua, quæ in futurũ respiciat, ideo iste casus à Scæuola est inductus, vt suus habeatur, & rumpere possit, contra gl. verbo, rumpatur. non obstat quòd casus qui ponuntur ante §. *nunc de lege.* ad Gallum pertinere videantur, quia dico, quod omnes casus suprapositi pertinent ad Gallum, quia ex eius responso decidũtur ratione eadem ostensa: noster tamen casus pertinet ad Gallum, sed non quod ex eo decidi possit, sed quia sine eo non esset satis à Gallo prouisum, si posthumus, qui futurus est suus, testatore defuncto, institui non posset: deniq; solus iste casus additur Gallo, omnes enim alij ex Gallo decidi possunt, quod & Scęuola facit, interpretando, non autem aliquid noui inducendo, præter text. nostri decisionem, qui satis fulciunt nostram opinionem in principio legis probatam, quod Scæuolæ casus exempla magis Galli, & legis veteris duodecim tabularum, quàm vt noui iuris inductiua responsa dicãtur.

Nunc veniamus ad versiculum, Idem quærendum. in quo duplex litera à doctoribus refertur: quidam enim libri habent pronepotẽ, quod probant doctores, vt quod de filio instituto, & nepote apud hostes substituto dicitur, trahatur ad nepotem institutum, & pronepotẽ captum, vt *sup. in § idem credendũ.* Sed *Pil. & Ioan.* habuerunt in litera nepotem, quinimò dicunt in lectione quæ habet pronepotem, dictionẽ, pro, superfluere, & sic volunt, quod loquatur text. in nepote, & sit talis casus, mortuo filio, nuru apud hostes pręgnante, nepotem instituit auus, qui nepos mortuo auo reuersus est, vtrũ institutus possit succedere quæstionis est, quod Scæuola cõcedit: sed an ex Gallo, vel lege Velleia dicit non esse quærendũ: sed istam lectionem reprobat Bar. existimans in specie proposita institutionem esse permissam expresse, per legem 12. tabularum, quia cùm tempore testamenti non viuat filius, qui nepoti possit obstare, iure communi suus hæres nepos efficitur, cũ ab aliquo testamenti tempore nõ præcedatur, 5 ideò *Paul. de Cast.* inquit, quod prædicti doctores pessimè loquuntur, & ita omnes doctores reprobant glo. secundũ *Iass. hic in 5. col.* sed certè ista lectio rectè cõtra doctores defendi potest, quia in hac specie non loquitur lex 12. tabularum, nec aliquis ante Scæuolã, lex enim 12. tabularum loquitur in posthumo suo, qui si natus esset tempore testamenti suus hæres foret, sed hic non nascitur suus, & idem esset si in captiuitate tempore testamenti nasceretur, cùm seruus hostium foret: ergo ista quæstio ex l. 12. tabularum decidi non potest, sed quia æquitatis ratio suggerit, vt institui posit ille, qui natus ex postliminio rumperet, vt *in dict. si quis filio*

4 (margin, beside "Nunc veniamus")

Vide Alciat. lib. 3 Parado. c. 15.

mortem nasci, nam inquit, hic enim suus heres, & post mortem nascitur,] mortem autẽ illius, de cuius bonis agitur, interpretari necesse est, & ita hæc interpretatio Scæuolæ ad Galli consilium, & eius interpretationem adaptatur; potest tamẽ & ad interpretationem legis Velleiæ deseruire, capiendo istam regulam generaliter, vt non officiat nasci ex eo, qui institui non potuit rectè, vt si id contingat in speciebus legis Velleiæ, hæc interpretatio admiratur, sicut & regulæ eiusdem legis Velleiæ in argumentũ ad interpretationem Galli deseruiunt, vt *supra ista l. in §. quod si is. & in §. vt instituens supra isto tit.* non ergo species, quam hic confingit Scæuola est restringenda ad speciem §. præcedentis, qui de his, qui sunt apud hostes loquitur, cum hic de hoc nulla fiat mentio, sed generaliter est hic tex. accipiendus, & hæc est singularis interpretatio, ex hac autem regula infert & aliud generaliter *Scæuola*, vt non solum posthumus suus ex eo, qui institui non potuit, possit vocari, verum etiam si iste posthumus, qui nascitur omnino alienus nascatur, quòd continget, si viuo filio testatoris, eodemque suo auo nascatur: nam hic cum eum præcedat auus tempore natiuitatis alienus nascitur, & tamen, si postea eius auus moriatur, poterit succedere, tanquam si quis habens filium, aliquem ex eo adoptet in nepotem, eumque substituat filio, si filius moriatur valet institutio. Item si hic instituatur pronepos, licet nascatur in vita aui, mortuo prius filio, eodẽque auo priusquam proauus testator substitutus succedat, nec obstat quod hic alienus nascatur, ergo institui non potuit. Respondeo potuit in hac specie, quia viuo testatore nascitur, ideo non est incapax institutionis, sicut de nepote diximus in priori tex. parte, & hic casus qui ex ista illatione colligitur ad legẽ Velleiam potest pertinere, nec est mirum quod incipiat aliqua communia ad responsum Galli, & legem Velleiam exponere, vt videmus in *§. in his speciebus.* quia iam accingitur ad legem Velleiam interpretandam, & ita iste text. est optime declaratus, licet doctores nostri ita eũ inuoluant, vt si eorũ expositiones consideres, sint & diuinatiuæ, & sine vllo prorsus exitu.

1 Sed opponitur in isto vltimo casu, iste est posthumus omnino alienus, ergo nullo modo institui potuit, cum alienus nascatur. Respõdeo, neque est posthumus vere, cùm nascatur in vita testantis, nec alienus cum substituatur auo, instituto in tempus quo futurus sit suus, & hæ omnes difficultates, ex legis Velleiæ speciebus possunt superari, vt *infra in §. nunc de lege Velleia. & in §. etiam si à parente.* & vide quæ dicemus in *dicto §. nunc de lege Velleia nu. 6.* quod si opponatur, quod hic vltimus casus non differat à casu Iuliani, qui ponitur *infra ista l. in §. ille casus.* dicemus, quod verum est, quod iste casus probatur ex sententia Iuliani, quem *Scæuola* ibi examinat, qui est istemet casus, licet hic nõ expresserit esse Iuliani, & ita expone illum tex. ille casus, scilicet, quẽ supra posuimus *in fine §. forsitan* indifficili est. & ita eius difficultas ibi examinatur, quia hic omissum fuit id, & ita tex. iste apertissimè procedit, omissis doctorum diuinationibus, qui nescio quid comminiscuntur de adoptione illius, qui est apud hostes, & an adoptio possit fieri per procuratorem, quod nunquam *Scæuola* cogitauit, quomodo enim qui seruus est, poterit adoptari? & agnascetur seruus? cum adoptio non ius sanguinis, sed ius agnationis affert,] vt inquit *Paulus in l. qui in adoptionem supra de adoptionibus*, item (vt inquit *Vlpianus*) nec adoptare nec arrogare quis absens, nec per aliũ eiusmodi solemnitatem peragere potest.] in *l. post mortem eod. tit.* sed hac occasione quærit *hic*
2 *Bar.* an legitimatio possit per procuratorem expediri, & determinat, quod possit, quod in legitimatione, quæ à principe ipso conceditur, dubium non est, cum scientia principis procuratori concedentis legitimationẽ, vitium hoc si foret, purgaret, vt *infra de re iudi. in l. quidam.* sed si ab inferiore concedatur, idem erit, vt per Bar. quid de compaternitate quam vocãt? Sol. non contrahitur per procuratorem, ipse tamen procurator efficitur compater, secundũ doctores: licet *Paul.* hic contra, sed errat, quia in his quæ consistunt in facto proprio, quod fiat nomine alterius, nõ impedit quin ipse gerens teneatur, vt *C. de accus. in l. non eo minus.* & fac. bonus tex. quem hic *Alex.* allegat *supra commod. in l. si is cui. in §. fi.* quid autem in nuncio, an per nuncium contrahi possit, Ange. hic dicit contrahi, facit *C. si quis alteri, vel sibi. in l. multum interest.* sed
errat, quia nuncius constitui potest in actibus 3
verbi, non autem facti: qui enim agit aliquid eorum, quæ personaliter expediuntur, non potest dici nuncius, sic & in delictis non potest interuenire nuncius, sed is mandatarius dicetur, & erit, nisi delictum verbale fuerit, nam in eo vtriusque naturam sortietur, quia vtriusque delictum erit, cum hic per seipsum, ille autem per interpositam personam deliquerit.

SVMMARIVM
ex §. In omnibus.

1. *In consilio Galli requiritur filij institutio.*
2. *Filio exhæredato in specie Galli, an vitietur testamentum.*
3. *Nouus sensus huius tex.*
4. *An plena sit, & tuta Scæuolæ prouisio.*
5. *Acostæ opinio vera contra doctores.*

§ IN omnibus his speciebus illud obseruandum est, vt filius dumtaxat, qui est in potestate ex aliqua parte sit hæres institutus, nã frustra exhæredabitur post mortẽ suam, quod non est necesse in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat, & in nepote certè, & pronepote; quotũ si liberi hæredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt præteriri.]

De isto tex. vide quæ latè diximus *supra in* *Vide Alcia.*
principio legis, & Acost. supra in §. & quid si tantum. *lib. 3. Parado. c. 18.*
& not. quod in consilio Galli semper requiritur filij institutio, de quo latè diximus in dict. l. principio. sed Bar. tenuit contrarium quòd

tacitè videatur institutus ex illis verbis, si filius
1 meus, &c.] & ad nostrum tex. respondet, quod requiritur institutio saltem tacita, quæ in dict. verbis inest. Sed contra hoc insurgit *Ias.* quia si hoc verum esset, frustra à Scæuola moneremur vt filij fieret institutio, si semper facta videtur tacitè, & bene argumentatur Ias. ideo *Polit. de subst. vulg. nu. 16.* dicenti, quod aut dictum Ias. est trufa, aut ipse eum nõ intelligit, vltimũ concedendũ est: sed bene possumus huic argumẽto respondere, quod Scæuola institutionis nos admonet, magis vt exheredationem excludat, quàm vt expressam institutionem requirat, sed verior est cõmunis opinio, & pro ea nouissimè induco tex. nostrũ. nam si vera esset opinio Bar. præteritio filij pro institutione tacita haberetur, si vtatur verbis Galli testator: sed istud est falsum, quia præteritio filij, sicut exhæredatio in specie Galli, reddit testamentũ nullũ, vt probat tex. in fi. ibi, quia possunt præteriri,] nec placet inductio Aret. dicẽtis, istũ tex. non posse intelligi de institutione tacita, quia dicit text. vel ex parte,] quod institutio tacita partes habere nõ possit, quia hoc falsum est. finge enim exterum in nouem vnciis, vel alium filium, & si filius meus me viuo morietur, nepotem ex eo &c. vt *infra de hered. insti. in l. item quod Sabinus.*

Contra Polit.

Nota inductio.

2 Itẽ not. quòd exhæredatio filij in nostro tex. reddit testamentũ nullũ. Sed contra, vt *inf. eod. l. inter cætera.* Sol. verum est, si exhęredatio rectè fieret, non si post mortem exhæredati fiat. Sed contra, rectè fieri potest, si fiat simpliciter, filiũ meum exhæredo, & si filius meus, &c. Sol. nec isto modo facta valet, cùm enim posthumus institutus post mortem filij vocetur, nõ potest filio viuo hęres esse, & sic exhæredatio non potest in vita exhæredati confirmari, quod requiritur *infra ad senatusconsul. Sillan. in l. si exhæredatus, & infra de contra tabulas. in l. filium. in §. sed cùm exhæredatio,* ideo nulla est, vt *supra in eod. l. si ita scriptum. in §. fi.* Sed contrà, imo poterit confirmari, aditione facta ab extero instituto, purè filio exhæredato. Sol. in nostra l. nullũ ponimus exterum institutum, nec filio instituto adiectum, nec eo exhæredato alium scriptum, secundum doctores recentiores, vel si ponas exterum institutũ, ita debes fingere exhæredationem adiectã, si filius meus me viuo morietur, exhæredo eum, & si quis mihi nepos, &c. secũdum Soci. ideo ista exhæredatio frustra fieret, quia post mortem fit, vt *hîc, & in dicta l. si ita scriptum. in §. fi.* item quia conditionalis esset, vt *supra in eod. l. 3. in §. pure,* si enim esset legitimè exhęredatus, ita quòd aditione confirmari posset exhæredatio, non haberet virium testamẽtum in specie Galli, vt *infra in l. inter cætera.* quod etiã ex nostro tex. probatur, ibi, ex aliqua parte,] nam si filius in minore portione, quàm sibi lege deberet, instituatur, pro exhæredato habetur, eique datur querela, vt supra *de inoffi. testam. in l. Papinianus. in §. meminisse.* vbi notat *Bar.* & fac *eod. tit. C. in l. parentibus. & infra de contra tabu. in l. non putauit. in §. fi.* quod rectè obseruauit *Acosta, vt supra in §. & quid si tantum. pag. 5.* ideo hic sufficit, si in minima portione instituatur, qui licet prius tentauerit in legitima portione debere institui, tandem concludit, ex quacunque parte institutus sit, legi satisfactum esse, per nostrum tex. cũ nota. *extrau. de for. compe. Clemen. 2.* quicquid inaduertenter *Ias. hic* contendat. sufficit autem vt in quacunque parte hæreditatis instituatur, non autem bonorum, quia præteritus esset, vt dicemus in *l. si quis seruum. in §. fi. infra de lega. 2.* vbi omnino videatur. denique *Scæuola* in nostro tex. inualidam exhæredationem excludit, non autem validam, vt *infra in eadem l. in §. etiam si à parente. in fi.*

Contra Ias.

Nota tamen quòd si ita exhæredatio conce- 3
pta sit, etiam alia persona non admixta, Filium meum exhæredo, etsi quis mihi nepos posthumus infra decem mẽses nascatur post mortem meam, hæres esto, poterit defendi testamentũ, quia potest confirmari exhæredatio, vt *supra eod. in l. filius a patre. in secundo responso. & infra de conditioni. instit. in l. fi. in fine,* licet enim posthumus præteritus non rumpat testamentum, exhæredato filio, & sic non videtur esse suus, vt suitate exhæredatio confirmari possit, vt *supra in eod. l. si posthumus. in §. si filium exhæredauero.* ideoque neque videatur ex consilio Galli posse admitti, cùm omnimodo alienus sit, nec futurus suus, tamen verum est, si præteritus sit instituturus, tamen exhæredato filio suus habetur, vt *infra de acquir. hæredi. in l. qui in aliena. in §. interdũ.* & ita admittendam puto talem institutionem: nam Gallus, non vt solum testamentum conseruaretur, prouisit, sed vt nepos futurus suus institui possit, licet enim ob eam rẽ fuerit motus, tamen dispositio, quæ generalis restringi non debet, cùm ratio non cesset in vniuersum, vt probatur *supra de minor. in l. 1. in principio,* & vide quæ diximus *supra in principio legis num. 63. & 66.* Item not. ex tex. quod requirit *Scæuola* institutionẽ filij sui non etiã emancipati, ibi, duntaxat qui in potestate,] sed opponitur, quod malè prouideat, nã si emãcipatus prætereatur, testamentũ iure prætorio rũpetur, vt *infra de bono. poss. contra tab. in l. 1. & per tot.* Sol. imo rectè pro-
uisit *Scæuola*, nã in tota nostra lege solum id agi- 4
mus, vt testamentum ipso iure nullum nõ sit, vel irritũ efficiatur, & huius tituli hęc est intentio, vt patet *infra in eodẽ l. inter cætera.* & hic iũct. vt *supra de inof. testa. per totum:* quinimo & vtilius prouisit Scęuola, quia cũ ponas testamentum à principio valere, & filiũ in vita testatoris decessisse, absortũ est ius rumpendi: ideo bonum est Scæuolæ consiliũ, an autẽ iuris prætorij rationem habuerit nostra lex, latius diximus *supra in eodẽ §. idẽ credendũ. & in principio legis. n. 20. & 48. cum seq.* vbi latius explicatur noster tex. & *num. 37.* vbi reprobauimus opinionẽ Bar. nam de iure prætorio nõ requiritur filij institutio, si filius viuo testatore decedat, sed quia superstes remanere posset, non in omnem casum securus testatur,

testatur, etiam iure prætorio: si enim prius decederet, securus esset, vt *infra titul. 1. in l. si posthumus, in §. idem circa.* quicquid *Aret.* comminiscatur, dicens, illũ text. in specie nostra nõ habere locum, ne concurrant duæ specialitates: altera ex æquitate illius text. & iuris prętorij, altera ex Gallo, quo posthumus alienus institui potest, in quo longe errat *Aret.* nã ius Galli non ex dispensatione admittitur, sed ex iure communi ex lege 12. tabularũ ratione euincitur, vt *supra in principio legis* latius probauimus. Itẽ nota, quod nepos, & pronepos possunt præteriri, quia nõ obtinebãt primum locũ, nec vllo tempore obtinuerunt, secundum doctores, sed hoc dubitabile non erat, nec Scęuola dignum: ideo melior est illa opinio quam subtiliter defendit *Acost. in §. & quid si tantum. pag. 99.* quod iure digestorum nepos etiam suus, & deinceps reliqui præteriri poterant, nec testamentum erat nullum, vt *infra de hæred. insti. in l. sed si in conditione. in §. nepotes.* vbi hoc tentauit *Imol.* tu vide latius *per Acost. in dicto loco,* qui satis cum iudicio hoc esse verũ ostendit, idemq; in filia iuris esse, dũ nepotes, & filia posthumi non sint. vid. per eum alia, quæ ad institutionem filij pertinent, an legitima sit quota bonorum, vel hæreditatis, dicemus in *l. si quis seruum. in §. fi. infra de lega. 1.* vbi omnino videatur, quia doctores malè hoc interpretantur: nec enim sufficit filium in aliqua re institui, nec in quota bonorum, nisi solus institutus esset, vt supra dictum est.

Contra Aret.

5

SVMMARIVM

ex §. Nunc de lege Velleia.

1. *Intell. communis istius text. verus non est.*
2. *Vtrum primus casus legis Velleia in l. 12. tabularum contineatur.*
3. *De quo posthumo loquatur Velleius.*
4. *Posthumus pro incerta persona habebatur.*
5. *Velleius loquitur de posthumo improprio.*
6. *Capacitas instituti quibus temporibus consideretur.*
7. *Fœmina quando comprehendatur, vbi linea masculorum vocatur.*

§ NVnc de l. Velleia videamus, voluit viuis nobis natos similiter non rumpere testamentum, & videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur sui hæredes futuri essent: quid ergo si filium habeas, & nepotem nondum natum, tamen ex eo hæredem instituas, filius decedat, mox viuo te nepos nascatur? ex verbis dicendũ est non rumpi testamentum, vt non solum illud primo capite notauerit, si nepos qui eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum etsi viuo patre nascatur: quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit obseruari id tempus, quo nascitur? nam etsi ita verba sunt, qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus hæres futurus erit, &c.]

Vide Alcia lib. 3. Paradoxo c. 19.

Visum est de interpretatione responsi Galli, qui ostendit posthumum verum futurũ suum posse institui: nunc de lege Velleia videndum est, quæ posthumum improprium in vita testatoris natum, post testamentum tamen institui posse ostẽdit, & in primo capite agitur de posthumo, qui suus nascitur confecto testamento, tam ante testamentum subducto filio, vel non tunc subducto. Sed oppo. quod iste casus expresse lege 12. tabularum cõtineatur, quæ posthumos suos, qui si nati essent tẽpore testamenti sui forent, institui expresse permisit. Sol. verũ est, quod primum dictum primi capitis legis Velleiæ cõprehendit id, quod lex 12. tabularũ disposuit, & addit eidem legi in secundo dicto caput primum l. Velleiæ. denique ex primo capite annotat *Scæuola* non solum posthumum suum, qui si natus esset tempore testamẽti, suus hæres foret, institui posse, vt & l. 12. tabularum licebat, verum & cum, qui si tempore testamẽti nasceretur, suus non esset, nondũ filio qui tunc temporis primum locum obtinebat defuncto, & hoc nouiter lex Velleia induxit in primo capite ex mente *glo. & Bar. Paul. in 2. col. in fi.* sensit etiam *Aret. 3. notab. & super glo. 1. Ias.* etiã post Alex. nec videtur lex Velleia superfluere, cùm & in primo capite aliquid de nouo inducat in secundo casu eius capitis secundũ Aret. Mihi vero hæc recepta ab his doctoribus sentẽtia placere nõ potest, vt lex Velleia primo limine impingat, verba que legis 12. tabularũ ita superfluè inculcet, nec l. Velleiæ verba sunt referentis ius antiquũ, vt ex Scæuola apparet: nam & omnes hi casus legi Velleiæ tribuuntur, quod verum non esset, si l. 12. tabularũ verba id continerẽt: ideo aliter legem Velleiam interpretandam arbitror, vt in omnibus suis speciebus necessaria sit eius dispositio: dic igitur, vt supra sæpius repetitum est, quod nec Gallus, nec Velleius, nec Iulianus corrigit, vel addit circa l. 12. tabularum, sed eius mentem omnes interpretantur, & ostendunt, nullus tamen eorum casum verbis legis expressum persequitur, quicquid prædicti doctores hic sentiant. 2

Contra doctores.

Videndum igitur, num primus casus l. Velleiæ verbis legis 12. tabul. contineatur: posthumus suus vt institui possit, lex 12. tabu. permisit, Velleius vero in primo casu primi capitis loquitur in posthumo suo, qui si nasceretur eo tempore, quo fit dispositio, suus esset: ergo verba legis 12. tabu. eum casum comprehendunt, nec mentis eo casu inductio est necessaria, cum verba hoc expresse statuãt? Respõdeo, lex 12. tab. de posthumis loquitur: posthumus autem dicitur, qui post humatione patris nascitur, vt *infr. tit. t. in l. 3. in §. posthumi.* sed Velleius in posthumo, qui nascitur in vita testatoris loquitur & sic de posthumo improprio; ergo non verbis, sed mente legis 12. tab. hic casus continetur, & ex interpretatione inducitur. ratio enim legis 12. tab. illum etiam casum cõplectitur, præterirus enim hic posthumus rumperet, sed quia vsque ad Gallũ nullus à verbis legis circa posthumos disponentis recederet ausus est, & eadẽ 2

3

ratione, nec ab interpretatione Galli fortè auderent, necessaria fuit legis Velleiæ interpretatio, & iste est verus sensus huius primi casus legis Velleiæ, quem doctores non sunt assecuti, quod euidentius apparebit, si ea, quæ de posthumorum mentione facta in statutis *supra in principio huius tituli in rubrica* dicta sunt, hic repetantur, maximè si antiquorum in verbis obseruantia rectè perpendatur, quæ vsque ad Codicis tempora fermè durauit, nec potuit ante radicitus exstirpari, vt patet ex *tit. de formu. sublat.* & in aliis pluribus eius constitutionibus. Sed contra hæc sic argumentor, & videtur quod ista species lege 12. tabul. expressè fuerit admissa, nam si negas verbis legis 12. tabu. sub eum instituti permittentis posthumum improprium, qui io vita testatoris nascitur comprehendi, nisi ratio legis, & iusta interpretatio attenderetur, concedere oportet, & verba legis 12. tabularum, quæ in alio capite posthumorum institutionem, quia incerti posthumi habeantur, prohibuit istos improprios posthumos non comprehendere, denique aut in prohibitione legis non venient, & iure communi institui poterūt, aut si in prohibitione verbis comprehendebantur, & in permissione institutionis suorum posthumorum venient, cùm verbis posthumi vtrumque caput legis 12. tabul. vtatur. Sed his potest singulariter responderi, quod lex quæ
4 posthumos instituere prohibebat, quod incertæ personæ habebantur, etiam posthumos improprios comprehendebat, verbis ipsis. nam cum certitudo tempore testamenti inspiceretur, verba ad omnes posthumos, qui tempore testamenti in rerum natura non erant, pertinebant, ideo de lege prohibente quæstio non erat, cùm etiam improprios posthumos comprehenderet, sed ea quæstio in alio capite legis, quoad admissionem suorum posthumorum cadere potuit, quām cum iudicio Velleius prima specie primi capitis suę legis decidit, vt nullus reliquus sit casus, qui possit vocari in controuersiam, quod nota, quia per aliquem doctorum non ita explicatum inuenies.

5 Sed contra l. Velleiam sic argumentor lege 12. tab. alienus posthumus institui non poterat, Velleij tamen interpretatione est admissum, vt posthumus improprius, qui cùm nascatur est futurus suus, licet alienus esset tempore testamenti, institui possit, vt ex primo capite patet: sed ex ipso apparet, quod loquitur in eo nepote, qui viuo patre nascitur vt tex. probat in fi. ergo non loquitur in eo qui nascitur suus, sed alienus: ad hoc responderunt aliqui, quos refert glos. quod vtrumque ex primo capite legis Velleię inducatur, sed hoc verum non est, alioqui vacaret, secundum caput, quo id inducitur, vt in §. sequenti, ideo glo. aliter respondet, vt verba text. ibi, viuo patre,] interpretentur, scilicet, filij, qui & ipse testator est, non autem viuo patre nepotis, eodemque filio testatoris, nam hic casus ad secundum caput pertinet, & hanc interpretationem sequuntur doctores antiquiores: sed hæc interpretatio defendi non potest, quod verba illa de auo intelligantur, quia versiculus præcedens, cuius est pars, augmentatiuè loquitur, quando filius est mortuus ergo secunda pars, quæ ei aduersatur, in eadem filij persona debet intelligi, non in diuersa. quis enim ita diceret, non solum mortuo filio, eodemque patre nepotis, verum etiam viuo auo, &c. ideo litera debet legi plano modo: ad quod notandum est, quod text. *in versiculo non solum.* ibi, si nepos,] legitur duobus modis, altero modo, vt tex. dicat, si nepos eo tempore, &c.] altero, si nepos qui eo tempore,] & secunda litera cum relatiuo est vera, & erit sensus, vt tex. dicat, Si nepos, qui nascatur eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum etiam si viuo patre instituatur. denique verbum, eo tempore,] ad institutionem, non ad natiuitatē refertur, & sic sunt duo casus, alter quando instituitur nepos posthumus mortuo filio, in quo cadit difficultas supra dicta, quia licet sit suus, tamen improprius posthumus est, alter vero casus, quādo instituitur viuo patre, qui eo mortuo nascitur, viuo adhuc testatore auo, & ita tex. non habet difficultatem, quid enim necesse est, &c.] vt text. dicit: in aliis libris deficit verbum Nascatur, & legitur plano modo & probabit clarius sensum nostrum: debet itaque legi text. cum relatiuo qui, quod regat verbum illud, Nascatur, aut deficere debet verbum illud, Nascatur, & ita habes tex. nouissime explicatum, qui per alios non suo sensu accipitur.

Sed contra l. Velleiam opp. cum Bar. testamentum, in quo secundum l. Velleiam posthumus instituitur, nullum est, quia instituitur posthumus, qui alienus est testamenti tempore nec sufficit, quod sit futurus suus, cùm instituti capacitas debeat tribus temporibus attendi, in quibus testamenti tempus comprehenditur, 6
vt *infra de hered. insti. in l. si alienum. in §. in extraneis.* Sol. secūdum Bart. illa tempora inspiciuntur in pura institutione, non in conditionali, vt *de heredi. insti. in l. in tempus.* de qua Scæuola loquitur in ea specie, quam de posthumo alieno testamenti tempore fingit, ad quod vide quæ dixi *supra in principio legis nu. 5* & ex his not. quod Velleius non corrigit legem 12. tabularum, imo cum ea concordat eius dispositio, & interpretatio est legis 12. tabularum, non emendatio, vel additio: & sic doctores vel renitentes in nostram sententiam trahuntur: vt in nostra lege ius nouum non inducatur. Item oppo. quod ex alio capite testamentum in specie legis Velleiæ confectum sit nullum, quia non constat in eo filium fuisse institutum, ergo nullum est testamentum, vt *supra in eodem l. si filius qui in potestate.* Sol. hic præmitte institutionem filij, vt in §. in omnibus. in specie Velleij sicut in Galli Aquilij responso locum habet, quod not. ad id quod diximus *supra eodem in §. forsitan.*

Veniamus

5 Veniamus ad versiculum, qui testamentum,]& legitur duobus modis in glo. finali circa finem, ex qua notant doctores, quod fœmina respectu lineæ masculinæ, ex qua descendit, dicitur virilis sexus, ex quo plura inferunt recentiores hic: tu dic, quod illud verbum virilis sexus positum in tex. est genitiui casus, & ita accipiendo quis negauit, vbi agitur de descendentibus per virilem sexum, fœminam esse virilis sexus, si pater eius ex illa linea de qua agimus fuerit, contrà autem vbi in nominatiuo accipitur, quia fœmina non est sexus virilis: in quæstione autem de emphyteusi concessa descendentibus per virilem sexum, vel ex linea masculina, vtrum fœmina vocata videatur, quæ ex illa familia sit, doctores hic fusius loquuntur, mihi vero ea est sententia, vt distinguamus, sit dispositio perpetua, tractumque habeat successiuum in his quæ ex linea masculina descendunt: & puto in hac specie fœminā excludi, quia ea admissa, eius filij admitterentur, vt *infra de lega. 2. in l. cum pater. in §. cum inter libertos.* nec deberet esse melioris conditionis masculus, quàm eius mater fœmina, vt *C. de bon. matern. in l. si viua matre.* sin vero esset temporalis, nec habet tractum successionis, vt vocentur hi, qui de familia sunt, vel descendentes ex linea masculina vnica vice, nec conseruatio in familia ponatur, & tunc fœmina veniet, vt hic, quia cessat ratio quod degeneraret à familia, nam nec testator prouisit, vt in ea remaneret, tunc enim perpetuum fideicommissum esset, vel dispositio, & sic ex præcedenti membro censeretur, & ad hæc faciunt, quæ dixi *supra in eodem §. quidam recte.* pro hoc fac. *C. de fideicommiss. in l. voluntas.* quæ ita debet intelligi.

SVMMARIVM
ex §. Etiam si parente.

1. *Casus huius tex.*
2. *Contra Ias. qui ridicula profert.*
3. *Casus Ias.*
4. *Casus elegans à Scæuola non expressus.*
5. *Si quis accipiat emphyteusim pro suis hæredibus, an de filiis intelligatur.*
6. *Interpretantur verba Bar.*

§ ETiam si parente viuo nascantur, sequenti parte succedentes in locum liberorum, non vult lex rumpere testamentum, & ita interpretandum est, vt si & filium, & nepotem, & pronepotem habeas, mortuis vtrisque, pronepos institutus succedens in sui hæredis locum, non rumpat, & benè verba se habent, si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus: nec solum si nepos viuo patre decedat, nec succedens pronepos auo mortuo rumpat: sed & si superuixit patri, ac decedat, dummodo hæres institutus sit, aut exhæredatus.]

Hic ponitur secundum caput legis Velleiæ, & oppo. cum Bart. quod hæc sint posita in capite præcedenti, ibi, si viuo patre,] tu dic, vt ibi dixi, scilicet, instituatur, non nascatur, quicquid doctores velint: & iste text. facilis est intellectu vsque ad finem, vbi de exhæredatione agitur, & finge casum ad nostrum text. ex lege Velleia, instituo filium, & si filius meus me vi- 1
uo moriatur, & nepos, pronepotem substituo, bona est institutio, si prius nepos, postea filius moriantur, si enim prius filius moreretur, agnasceretur nepos, & nullum efficererut testamentum, nisi institutus, vel exhæredatus esset.

Sed oppo. quod frustra exhæredetur post mortem suam, vt *supr. in §. in omnibus.* Sol. secundum *Paul. Aret. & Socin.* hîc, ideo exhæredatio valet, quia fingi debet, tertium fuisse institutum, cuius aditione exhæredatio possit confirmari, nec hoc diuinationem continet, quia cùm text. exhæredationē admittat, omnia exhæredationis solemnia admitti debent, arg. *de atat. & qualit. in l. 6. in c. 1.* ex quo not. eleganter *Socin.* quod nepos à primo gradu præteritus, cū non rumpit, si filius reperiatur institutus, etiam si exterus sit admixtus. quod reprobat *Ias.* dua- 2
bus ridiculis rationibus, quarum altera ea est, quod pronepos per substitutum excluderetur, si in primo gradu superesset exterus filij cohęres, quasi verò substitutus à coniuncto excludi soleat, quod nemo vnquam dixit, vt *infr. de bon. poss. secundum tabulas, in l. 2. in §. si duo.* altera antē est, quia si fingimus nepotem, & filium viuo testatore decedere, ergo nunquam potuit exhæredatio nepotis aditione confirmari, cum viuo testatore adiri hæreditas non potuit. *C. de vsuc. pro hered. in l. opinione,* quod requireharur *infr. de bon. poss. contra tabulas, in l. filium, in §. sed cùm exhæredatio:* sed hic ratio etiam falsa est, quia vult, vt exhæredatio valeat, quod requiratur, vt superstes sit exhæredatus testatori, quod verum non est, vt *supr. in eod. l. si quis posthumos, in §. si filiū, cum gloss. verbo, testamentum.* Item loquitur cōtra nostrum text. quia quacumque ratione defendatur exhæredatio, quā Scæuola hic admisit, mortuo exhæredato, viuo exhæredante defendi oportet. nam in hac specie text. loquitur, vt enim exhæredatio valeat, hoc solū requiritur, vt ita fiat, quod aditione confirmari possit, si contingat eum viuere, aditio enim ad confirmationem requiritur, non ad validitatē testamenti, sicut ad alia in testamento cōtenta, quæ aditione confirmantur. fac. *inst. quib. mod. testam. infir. in §. posteriore.* & quod non requiratur aditio in vita exhæredati, text. est ad literam. *inf. ad senatusconsult. Sillania. in l. si exhæredatus.* denique nulla ratione motus *Ias.* recedit ab opinione Socin. & aliorum, negatque hîc exterum hęredem institutum cum filio, aliumque ponit nouum sensum, de quo nunc statim agemus. Nota tamen, quod id quod *Socin.* ex nostro textu colligit, & *Ias.* reprobat, dubitabile nō est, quia si ponas filium primo gradu exhæredatum, extero hærede instituto, nepote præterito, valet testamen-

pore testamenti filius sublatus erat de medio, ergo ad primum caput legis Velleiæ hic casus pertinet, vt diximus *supra in eodem §. nunc de l. Velleia*. licet alij velint ad l. 12. tabularum illum casum pertinere, quod ibidem non admisimus: sed ad hoc potest responderi, quod cum testamenti tempore ius filij, capti sit in suspenso, & etiam nepotis sit futurus suus, vel non, si apud hostes decesserit filius, vel redierit, vt *C. de capt. in l. nec nos. & inst. quib. mod. ius patr. potest. sol. in §. si ab hostibus*. iste casus ad primum caput pertinere non potest, quod loquitur vbi filius verè subductus est, non vbi pendet eius subductio, licet postea verificetur, ille enim qui apud hostes est (quod de nauiganti dixit Bias) nec inter mortuos, neque inter viuos est connumerandus, & iste est vetus sensus nostri tex. faciunt quæ diximus *supra in §. quid si is. & in §. si eius*.

Sed oppo. cum Bart. quod iste casus sit iam decisus *in dicto §. si eius*. Sol. ibi de nato apud hostes, hic de nato in ciuitate agitur: certè ille tex. nihil commune habet cum specie nostri text. quia ille text. loquitur de redeunte ab hostibus, hic vero de eo qui apud hostes decessit, ille de eo qui suus efficitur, hic vero de eo qui à suitate subducitur. Item oppo. filius in hoc tex. moritur post patris mortem, ergo nepos non potest esse suus, vt *supra isto tit. in l. si quis posthumus. in §. 1.* Sol. verum est, nisi fictio cõsideraretur, propter quam videtur in patris vita decessisse. Sed oppo. de restitutione, quæ fit post mortem, quæ non attenditur. Sol. aliud in restitutione quæ non trahitur retro, aliud in fictione legis Corneliæ, vel postliminij, vt *supra in §. & quid si tantum. in glo.*

SVMMARIVM

ex §. Ille casus.

1. *Casus sumitur pro specie, contra Budaeum.*
2. *Casus Iuliani est difficilior omnibus aliis.*

§ ILle casus in difficili est, si filium habeas, & nepotem nondum natum instituas, isque nascatur viuo patre suo, ac mox pater decedat, non enim suus hæres est tempore quo nascatur: nec posteriori alij succedendo prohiberi videtur rumpere, quàm qui iam natus erit: denique & superiore capite vt liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permittit, posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi: neue ob eam rem minus ratum esset quod succedit. Porro procedere debet, vt vtiliter sit institutus, quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat. Iuliano tamen videretur duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. Quæremus tamen, cum recepta est Iuliani sententia, an si nascatur nepos viuo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hæreditatem, quod magis probandum est, nam emancipatione suus hæres fieri non potuit.]

1 Ibi, non permittit,] quia hoc facere omnibus licebat, nec enim lex erat, cuius mens vel verba impedirent, quia natus tempore testamenti institui possit, ideo secundo capite lex Velleia, vt ea potestate vteretur testator docuit, non autem permisit: in tex. ibi, recepta,] scilicet inter iuris consultos, doctorum autem, vel scribentium non ita est præiudicata auctoritas, vt ab eis recepta opinione recedere non liceat, vt *C. de vete. iur. enucl. in l. 1. in §. sed neque ex multitudine*.

Vide Alcia. lib. 3. Paradoxo c. 20.

Item not. ex text. quod casus sumitur pro specie, vt hic, iunct. *supra eodem in §. in omnibus.* & probatur *supra eodem in §. & quid si tantum. & supra in §. instituens. & supra in §. forsitan.* vbi expressè hoc probatur, quicquid contra nostros scribentes immurmuret *Gulielmus Budaeus, in annotationibus prioribus ad Pandectas, in pagina 38. in paruis*.

2 Item nota quod iste casus, quem Iulianus fingit, fuit notatus à Scæuola supra in §. forsitan. in fi. quem hic examinat, quia est in difficili. nullus enim alius in hoc toto tractatu est adeò difficilis, nam in casu Galli, licet posthumus qui instituitur, sit alienus tempore testamenti, suus tamen est cum nascitur, iam sublato filio in vita testatoris, vt in principio istius legis, sed in specie Iuliani, posthumus nascitur alienus, cùm viuo patre nascatur, vt hic, item difficilior est casus iste, quàm hi, qui in lege Velleia ponuntur: nam primum eius caput de eo loquitur, qui suus hæres nascitur, vt diximus in §. *nunc de lege Velleia.* vbi hoc probatur. Item secundum caput de eo loquitur, qui natus erat tempore testamenti, qui omni iure institui potuit, at *Iulianus* de eò qui postea nascitur: admittendus tamen est difficilis hic casus, eadem ratione, qua consilium Galli, quia institutio conditionalis est, in qua capacitas eo tempore inspicitur, quo defertur hæreditas, vt in *l. in tempus infra de hered. institu. & in l. penultima. infra de regula Catoniana*, & quod hic dicitur, quod nullo iure potuit institui, eo pertinet, vt Iuliani species nullo iure expresso admissa sit, quia lex 12. tabularum in posthumo suo loquitur. Item Galli, & Velleij interpretatio non hanc speciem confinxerat, ideo nouus casus & difficilis est, quem Iulianus adinuenit. Item nota quòd *Scæuola noster* vidit responsum Iuliani, & Galli Aquilij, fuerunt enim iuris consulti antiquiores, vide quæ diximus *supra in §. idem credendum*.

INDEX

INDEX ILLORVM QVÆ IN HIS QVARTO ET QVINTO SELECTARVM LIBRIS CONTINENTVR,

vulgò à Doctoribus perperam, vel non satis explicata.

In rubrica.

Posthumus improprius in exheredatione comprehenditur, non fauore testamenti, contra Socin.

Quare querela inofficiosi testamenti sit odiosa, cùm exheredatio quam impugnat odiosa sit, Doctores non interpretantur.

Fauor testamenti non praualet odio exharedationis.

Noua interpretatio l. si pars iudicantium, supra de inofficios. testament.

In testamentis posthumus improprius comprehenditur, etiam in materia odiosa.

Non tamen in statutis cum Doctoribus, licet non satis explicent rationem differentiæ.

L. fi. C. de posth. hered. instituend. non habet locum in exheredatione.

Circa l. 1.

In exheredatione dubia ius deficit, licet in aliis dispositionibus non deficiat ius, sed probatio: ideo in illa probatio voluntatis nihil efficit.

In nomine nunquam est forma, cum Angelo, contra alios.

Omissio ergo nominis nunquam vitiat, vt hic probatur, & infra, in l. 3.

Circa l. 2. nominatim.

Indefinitiua vim habet vniuersalis de rigore, Lex, si seruitus imposita, à Doctoribus non intelligitur.

Nihil interest indefinita odium, vel fauorem respiciat.

Istius l. 2. interpretationem in hoc Doctores non sunt assequuti.

Neque in eo quod de benignitate hic tex. dicit.

Indefinita, quæ in vno solo vera esse, quomodo habeatur pro indiuidua, vel speciali, Doctores non satis interpretantur.

Cap. quoniam Abbas, & l. quod Principi. non satis à Doctoribus explicantur.

Circa l. 3. etsi pepercit.

L. quoties, in § si quis nomen, & l. his verbis, de hered. instit. secundum interpretationem Cumani, contra alios sunt expendenda.

Circa §. purè.

Potest filius suus sub contrariis conditionibus institui, contra Fulgo. & Soci.

Non tamen sub contrariis conditionibus exheredari, cum eisdem.

Iure isto fœmina, & nepotes sui possunt præteriri, cum Imola, & Acosta, contra reliquos.

Non tamen sub conditione exheredari, contra eundem Acostam.

Circa §. ante hæredis.

Iure isto testamentum ab heredis institutione incipere debet, vel ab exheredatione nominatim facta, cum Acost.

Circa §. Filius inter medias.

Exheredatio inter gradum facta, ad omnes gradus & personas extenditur, cum Petro de Besucio, contra alios.

Clausula accessoria in medio posita, ad præterita tantum refertur.

Iste §. male à Doctoribus intelligitur in hoc.

Et peius tex. in c. inquisitioni. extrau. de appellationibus.

Nec melius c. secundum requiris. eod. titul.

Exharedatio à persona valet quando est sola, contra Bal. Fulg. & Salicet.

Et idem si fiat à personis omnibus.

Nihil differt, exharedatio fiat à persona, vel gradu, quando persona constituit gradum.

Circa § fin.

Substitutionem vulgarem esse accessoriam institutioni, contra Doctores.

Vera est glossa contra eosdem.

Qualiter accessorium accipiatur, Doctores non satis interpretantur.

Circa l. placet.

Hæc lex etiam in exharedatione locum habet.

Contra esset si ventrem exharedet.

Exharedans posthumum, videtur exheredasse ex quacumque muliere nascatur.

Lex boues, in §. hoc sermone. male à Doctoribus induci.

Circa l. sed est quæsitum.

Fœmina posthumum alienum ex se natum, potest instituere, præter omnes Doctores.

Omnia exempla glo. in hac lege superfluunt.

Non agitur in hac lege de effectu institutionis, sed de validitate testamenti.

Non facit simplicem relationem.

Circa l. si filius qui in potestate.

Hæc lex difficilis est, & male explicatur à Doctoribus.

Circa l. si duobus. in §. si prius. de bono. possess. contra tabul. multa explicantur.

Et circa l. 3. in §. si. supra, isto titul. quæ non satis per Doctores interpretatur.

Impugnatur intellectus cuiusdam recentioris, qui subtilis,

Cessante

Circa §. si eius.

Circa §. forsitan.

Circa §. in omnibus his speciebus.

Circa §. nunc de lege Velleia.

Circa §. etiam si à parente.

AD LECTOREM.

MIraberis forsan, amice lector, quod hisce nostris selectis interpretationibus, cum glossarum, & antiquorum doctrinam, & erudirionem maxime probemus, & veneremur, eorum exemplo omisso, verba ipsa, quæ Iurisconsultorum responsis, & aliorum præclarorum virorum libris continentur, sentenrijs non contenri, sæpissimè vsurpemus, & transcribamus; sed licet exemplis deficeremur, vtilitas tamen euidens nos defendet. nam quis poterit summorum virorum sensa magis aptis, proprijs, dilucidisque verbis exprimere, quàm quibus ipsi vsi fuerunt. Illis enim quasi stellis quibusdam splendet, & illustratur oratio, efficítque quod eleganrissimè Lucillus inquit apud Ciceronem, vt sinr quàm lepidæ lexeis compostæ, vt tesserulæ omnes, endo pauimenro, arque emblemate vermiculato: neque parcius hoc fecit Cicero, occultius ramen, quòd non essent latini authores, quorum verbis oratio sua possir ornari. At Aristotelis & aliorum Græcorum, non sentenrijs solùm, sed & verbis ipsis, sui repleti sunt libri. accedit & maxima vtilitas, quod nostra legens statim iudicium suum porerit adhibere, neque distractus perquisitione librorum repetita sæpe lectione indigebit: assuescer præterea his auctoribus, quos eum, qui iurisprudentiam profitetur proprijs digitis notiores habere oporret: neque enim se aliquid scire existimer, qui non fuerit in his studiosè, & multum volutatus, quod & breuitati maxime confert. quis enim breuius, proprius, & dilucidius quàm nostri iurisconsulri, loquetur? magnitudine & mulritudine librorum oppresi breuitatem semper amauimus, & affectauimus propè, idque non sine ratione. nam si quid non vulgare, & lectu dignum nostri libri continebunt, id non longa farragine, vel verbositate suffossum facile poterit hauriri, & qui parum eos probauerir lector, non multas horas male collocabit. nam breuirate laboris hoc damnum eleuabitur. Vale.

CAPVT PRIMVM.

De his, quæ diximus in defensione libelli de redditibus Ecclesiasticis.

SVMMARIVM.

1. *Auctor apologiæ, & propugnaculi, super falso ædificat fundamento.*
2. *Quæstio ob quam tot sunt orta controuersia, est indubitabilis, ideò de ea non sumus loquuti.*
3. *A lege iustitiæ clerici sunt immunes quoad redditus ecclesiasticos, quoad legem autem charitatis, circumstantiæ sunt considerandæ.*
4. *Clericus expendens in venationibus, & meretricibus, & histrionibus, peccat.*
5. *Quid si donet amicis vel consanguineis diuitibus, multa sunt consideranda.*
6. *Ex ista specie negatiuè, non potest inferri ad superadictam, neque ex illa ad hanc affirmatiuè, vt malè argumentatur auctor apologiæ.*
7. *Quoad legem iustitiæ, æquales sunt Clerici & laici, quoad legem charitatis, non item, & numero octauo.*
8. *Hæc 1. propositio, quam nobis tribuit D. Mart. non nostra, sed contraria.*
10. *Neque secunda.*
11. *Neque etiam tertia.*
12. *De dominio panis, & sacci fratris Franciscani, & infra numero decimo-quinto & decimo-sexto.*
13. *De dominio Prælatorum, & num. 14.*

1 CIRCA redditus Ecclesiasticos multa diximus, in libello de ea re specialiter edito, adeo vt operæ pretium non fuisset, vllum verbum addidisse, nisi auctor Apologiæ etiam in eo quod nunc illius edidit in firmissimo propugnaculo, ex nostro libello multa collegisset, quæ nec per somnium cogitauimus, quod paucissimis verbis ostendemus, & tenebras auferemus, rebus clarissimis offusas. Titulus quæstionis, quam nos disputauimus, & in fronte nostri libelli scribitur, sic habet, Vtrum clerici, ea quæ sibi supersunt ex redditibus ecclesiasticis, in pauperes, & alios vsus pios erogare teneantur, ex lege iustitiæ, vel solum ex lege misericordiæ, vel charitatis, & quando has leges, vel harum alteram transgrediantur.] Hæc sunt verba quæ continensur sub titulo nostri libelli de redditibus ecclesiasticis.

Hæc quæstio simpliciter est proposita, & non in clerico, qui vanè & profanè redditus ecclesiasticos consumpsit; vt hæc verba vsurpemus, quæ longæ fabulæ præstiterunt argumentum, immo innumeras excitauere tragœdias. non enim quoad secundam quæstionis partem poterat esse controuersia, neque adeo ignarus eram, vt de re clarissima dubitarem, & libellum de ea componerem: sed id feci de quæstione dubia, & in vtraque parte controuersa. Nam de ea quæ ad legem charitatis spectat, numquam dubitaui, sed quia quæstio potius facti quàm iuris sit, & in ea cadat arbitrium, neque regulam certam constitui, neque constitui posse, & tunc existimaui, & nunc existimo; sed in ea quæ legem iustitiæ respicit, cùm non cadat arbitrium, (non enim, si res aliena foret, nobis arbitrium relinqueretur,) firmissimam regulam & decisionem quæstionis constitui, Redditus ecclesiasticos clericis specialiter destinatos à lege iustitiæ esse liberos, sicut & alia bona patrimonialia.] Denique quoad legem charitatis, in qua arbitrium cadere potest, non constitui certam regulam, quia infiniti possunt euenire casus, multaque occurre- 3
re, ex quibus clericus peccare vel non peccare, & legem charitatis transgredi, vel non transgredi sit iudicandus: ideo tantum ostendi originem & naturam bonorum ecclesiasticorum, intentionem Ecclesiæ, & sanctorum Patrum de ea re sententias generaliter, & in vniuersum prolatas, quæ & laicos & clericos comprehendunt, ex quibus arbitrari potius ex circumstantijs, pro negotij qualitate, quam regula firma constitui potest. Quoad hanc igitur legem charitatis, duo sunt extrema, in quibus res est adeo euidens, vt nullus relinquatur quæstioni locus. Primum est si clericus in vsus pios, quæ sibi supersunt, ex redditibus ecclesiasticis eroget, alterum est huic contrarium, si in vsus impios expendat, quod barbarè, vanè, & profanè dici potest: in hac vltima specie clericum peccare mortaliter numquam dubitaui, licet auctor apologiæ contrarium mihi imposuerit. Quis enim adeo demens esset, vt clericum expendentem 4
fructus ecclesiasticos in histrionibus, venationibus, ludis & meretricibus, à peccato liberet, & impios sumptus non damnet? Ideo de hac re vt certa & indubitata non disserui, nec vmquam verbum vanè & profanè, vel æquipollens in libello de redditibus ecclesiasticis vsurpaui, adeo ab ea opinione, quæ mihi imponitur, sum alienus. Denique vbicumque clericus expendit redditus ecclesiasticos in vsus impios, peccat mortaliter, dando enim meretricibus mortaliter peccat,

dere me id tenuisse ex eo, quod argumentatus sæpè fuerim ex sancto Thoma. non esse differentiam inter bona patrimonialia, & fructus assignatos clericis, ego tamen ea omnia expressè declaraui, quo ad legem iustitiæ tantum, non quo ad legem misericordiæ, idque expressè dixi in libello de redditibus, & iterum in eius defensione sub his verbis interpretando sanctum Thomam, Neque contrarium sentit sanctus Thomas in dicta quæstione centesima octuagesima quinta, in articulo septimo, in conclusione, dum vult quod redditus ecclesiastici ex ipsarum rerum conditione sint eiusdem rationis, cùm sint propria vt patrimonialia bona, quia sanctus Thomas hoc determinat quoad legem iustitiæ, non quo ad legem charitatis.] Hæc sunt verba nostra, quinimmo etiam si contrarium dixissemus arguendo, prout non diximus, debuisset attendere conclusionem, & resolutionem, & responsiones, & non argumenta: denique quo ad legem iustitiæ nihil inter Episcopos, clericos, laicos, pauperes & diuites interest: æqualiter enim ad restitutionem tenentur, vel non tenentur: si enim res alienas, vel alij debitas ex lege iustitiæ sibi retineant vel alij concedant, ad restitutionem tenentur, si proprias, non
7 tenentur, & ita loquitur expressè *sanctus Thomas*. quo ad legem verò charitatis non sunt æquales. magis enim Episcopus, qui pater pauperum dicitur, & esse debet, quàm alij clerici, & clerici quàm laici, & illi de bonis ecclesiasticis, quàm de profanis eleemosynas largiri tenentur, quia in lege charitatis sunt gradus, & maiorem charitatis gradum debet habere; qui alios perficere profitetur: & fieri potest, vt in aliqua specie Episcopus peccet mortaliter non dando eleemosynam, in qua non peccaret simplex clericus, & in qua peccaret simplex clericus, magis peccaret Episcopus, & in qua laicus, magis clericus, vt in *capite cum quidam, extrauagant. de iureiurando*, iuxta illud, Iudicium graue his; qui præsunt, & potentes potenter tormenta patientur.] Cùm quia magis receperunt, (acceperunt enim quinque talenta, ideò alia quinque debent superlucrari,) tùm quia exemplo suo magis nocent, & ita inquit *diuus Hieronymus ad Heliodorum*. Domus tua in specula posita est, oculi omnium in te diriguntur: quod tu facis omnes faciendum arbitrantur: quare ne facias, quod qui imitari voluerit, errare cogatur.]

Ex his euanescunt omnia, quæ in dicto propugnaculo, & apologia continentur: hi enim modi arguendi, qui ibi continentur sunt ex illis, quos inuenisse dicitur Eubulides Milesius, Soritæ, Vrides, & Fallentes, sed omnes, quas optimè callet docendi leges voluit apologiæ auctor in me peruertere. Denique non temerè, neque simpliciter sunt clerici de peccato mortali condemnandi, quod non omnia quæ sibi supersunt, pauperibus & vsibus pijs largiantur, nam vt verissimè inquit *Ioannes Gerson in lectione quarta, de vit. spirituali, tertia parte*. Doctores Theologi non debent esse faciles ad asserendum aliquas actiones vel omissiones esse peccata mortalia, præsertim sub verbo vniuersali: maximè quum obseruatio communis obnititur obuiatque, vbi non sunt certissimi de re ipsa, nec talia sunt prædicanda populo tamquam certa. nam per huiusmodi assertationes voluntarias, rigidas, duras, & nimis strictas in rebus incertis, nequaquam eruuntur homines à luto peccatorum, sed in illud profundius, quia desperatius, immerguntur. Hinc etiam generantur scrupuli inquietatiui simplicium, vt eis sit solidum nihil. Nam etsi beatus vir, qui semper est pauidus, & veretur peccata sua: obseruandum tamen est summopere illud Terentianum: Nequid nimis, & ne in scirpo nodum quærant. Demum quid prodest, immo quid non obest coarctare plus iusto mandatum Dei, quod est latum nimis? Quid insuper expedit, amarius grauiusque reddere illud Christi iugum, quod suaue est, & onus eius leue? Nam etsi contemptus ex hac laxatione, & dulcedine, apud aliquos improbos maior oriatur, habentes velamen malitiæ libertatem: at apud alios bene institutos, gratiarum retonabunt actiones. Præstabunt etiam sedulum seruitium Domino, cuius mandata grauia non sunt, quippe qui non vult nos tentari, & grauari supra id quod possumus.] hæc ex illo.

Faciunt etiam verba notanda *ipsius Gersonis in tertia parte, alphabeto sexagesimo secundo*, qui ita inquit, Multos itaque compertum est ex Sanctis Doctoribus fuisse, quos inexperientia fefellit temporum, & loquuti sunt non quid fieri posset, aut expediret: sed quid stricta iuris diuini, vel humani regula dictaret. Hi dum ad experientiam difficultatum, & temporum, & hominum incorrigibilitatem veniunt, mutant plerumque sententiam.] Istam doctrinam Gersonis refert, & maximè commendat *Frater Bernardinus de Arcual. in suo aureo libello de fraterna correctione, tertia quæstione*, quæ maximè conducit ad materiam de qua agimus. Et ita non
temerè, 8

temere, neque in vniuersum constitui debet, omnem clericum expendentem redditus sui beneficij, qui sibi supersunt in alios vsus, quàm pios, esse reum peccati mortalis. sed ex circumstantijs est iudicandum: ideo nullo certo modo satis definiri potest.] vt in simili inquit *Callistratus in lege tertia in §. eiusdem, ff. de testibus.* vide *legem, sicut, in §. sed si permiserit, ff. quibus modis pignor. vel hypothec. solut.* potest esse vt clericus, qui mille donat amico, vel consanguineo non pauperi, aliquo tempore peccet, alio verò etiam donando duo millia non peccet, & putò rectè generaliter diffiniri, vt facti potius quæstio sit, quàm iuris, vt in simili specie non ineleganter ait *Vlpianus in lege suus quoque, in §. puto, ff. de heredibus instituendis.* vbi agendo de conditione potestatiua ita inquit, Puto rectè generaliter diffiniri, vtrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit, facti potius esse: potest enim & hæc si Alexandriam peruenerit, non esse in arbitrio, propter hiemis conditionem; potest & esse, si ei, qui à primo milliario Alexandriæ agat, sit interposita: potest & hæc si decem Titio dederit, esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere, propter quæ ad generalem definitionem recurrendum est.] Et ibi glossa rectè interpretatur vt generalis definitio sit, cùm certa regula constitui non possit, vt arbitrio boni viri relinquatur, & *Scæuola in lege Mæuia, in §. vxore, ff. de annuis legat.* in simili specie inquit, Non posse absolutè responderi, cùm multa oriri possint, quæ pro bono sint æstimanda, ideoque huiusmodi varietas viri boni arbitrio dirimenda est.] Diximus in *lege cum ita, in §. species, de legatis 2.* sic in specie nostra statuendum est, potest enim esse, vt qui illa duo millia superflua donauit amico non pauperi, donasset prius decem millia pauperibus, potest esse vt neque obolum vnquam pauperi largitus fuisset, potest id factum esse in opulenta & abundanti prouincia, & in sterili & mendica, potest esse vt donet diuiti, qui solet sua pauperibus piè distribuere, potest vt nepoti, & helluoni: ex circumstantijs enim quas Græci peristaseis appellant hæc, quæ generalem definitionem non recipiunt, sunt æstimanda, vt rectè ibidem arbitratur *Vlpianus, & in multis alijs locis*, quos nos collegimus suprà in libro tertio harum interpretationum in capite decimo in fine, & in infinitis iuris partibus hæc accidentia considerantur, scilicet causa, persona, locus, tempus, qualitas, & quantitas, & vt optimè inquit *Claudius in lege aut facta, ff. de pœnis. & Alexander 3. in capite sicut dignum, de homicid. & Paulus in lege eius in §. tales, de oper. liberto.* Nam obligatio dandi eleemosynam ex illo charitatis præcepto, descendit, diliges proximum tuum, in quo vt optimè dicit frater *Bernardinus vbi suprà in sexta conclusione.* licet sit vnus modus in genere diligendi quantum ad omnes, cùm dicit sicut te ipsum, tamen specialiter quantum ad singulos non potuit esse vnus & determinatus, sed varius secundum qualitates, & conditiones personarum, & temporum similium circumstantiarum. Et magis est (vt inquit *Venuleius in lege continuus, in §. cum ita, ff. de verborum obligation.*) vt totam eam rem ad iudicem, aut ad virum bonum remittamus.] Quem in hac controuersia confessorem esse dicemus. Sic videmus Tobiam maximè laudari, quod mortuos sepeliret, eo tempore quo non erant qui officium illud præstarent, & non sine periculo fiebat, cùm tamen alio tempore quando non deerant, qui hoc officium exhiberent, Dominus noster, *Matthæi capite octauo*, filium à sepultura patris arceret. Sic & Apostoli aliquando ministrabant mensis, aliquando ab hoc officio abstinuerunt: *Actuum cap. 6.* Omnia enim tempus habent, vt *Ecclesiastes cap. 3.*

Denique suadendi sunt clerici, & obsecrandi, vt in pios vsus bona sua distribuant, vt in dicto libello diximus, quod si luxuriosè & voluptuosè viuant, acriter reprehendendi sunt, cùm mortaliter peccent.

Talium vitam optimè depingit beatus *Bernardus in declamatione super illis verbis, Ecce nos reliquimus omnia*; qui omnino videatur. Quod si culpa non ita sit manifesta, arbitrio boni viri erit relinquenda, vide textum in *capite domino guerrant, versicul. bonus tamen index hic, final. leg: in vsib. feudor.* Sed de his, cùm clara & in promptu sint satis superque diximus, ad quædam alia, quæ habentur in dicto propugnaculo, in numero octauo, quæ difficiliora quidem non sunt, duriora tamen, respondeamus. Et verba illius sic habent:

Et ideo qua in eum sum charitate, & obseruantia, doleo eum adeò adhuc perstare in multis à via communi exorbitantibus, quæ ego efficaciter confutaui, à monitro octauo vsque ad decimum-nonum. Vt etiam aliqua periculosiora nunc adijciat, in quibus sunt quod Apostoli esto vouerint statum perfectionis ad se perficiendum, non vouerunt paupertatem, quod vouens votum

solemne

solemne paupertatis, non fiat inhabilis ad dominium quærendum: quod Apostoli per Apostolatum, & Monachi per Episcopatum absoluuntur à voto solemni paupertatis præcedentis: quod Petrus & Monachi, post votum solemne, sunt domini, etiam in speciali vestium, panis & eduliorum: quod dominium rerum temporalium est necessarium prælatis administrandum: quod dominium verum bonorum stabilium Ecclesiæ habent Prælati, & clerici: quod Franciscanus in particulari est dominus vestium & ciborum ad vescendum donatorum: quod Monachus sibi acquirit dominium vestium, & ad vescendum sibi datorum, non autem seruus, & consequenter quod seruus & Monachus non æquiparantur in acquirendo ille suo domino, & hic ordini suo, vel Monasterio, vel certe Deo speciali ratione: & quod paupertas seruilis, maior est paupertate euangelica: quod ridiculum est dicere, Monachum non esse dominum eorum quæ vestit & edit.] Hæc sunt verba ibi contenta, alijsque quæ sequuntur, quibus auctor animo & officio suo existimat satisfecisse, omissis, quæ ferre melius erit, quàm referre, quibus satis responsum est in defensione circa monitum vigesimumquartum in numero octauo. Ideò de his tantum, quæ retulimus, breuiter disseremus.

9 *Prima* igitur *propositio* est, Apostoli esto quod vouerint statum perfectionis ad se perficiendum, non vouerunt paupertatem.] Hæc inquam prima propositio non habetur in mea defensione, immo potius huic contraria, cùm expressè distinguam inter vouentes statum perficiendorum, & statum eorum, qui alios perficiunt, vt hic vltimus status, qui Apostolorum est, & Episcoporum, paupertatem non requirat: & expressè dixi, quod si Apostoli vouissent, potius vouissent statum perficientium, quàm perficiendorum, vt apparet in *libello defensionis, in prima parte, circa monitum nonum.* quod etiam diximus in libello de redditibus ecclesiasticis, in prima parte, in capite primo ante numerum sextum. Et vide ad propositum *Alfonsum de Castro in tractatu de hæresibus libro secundo, verbo Apostoli, hæresi secunda.*

10 *Secunda propositio*, Quod vouens votum solemne paupertatis, non fit inhabilis ad dominium quærendum.] Hæc propositio non reperitur in libro meo, nam quæ pertinent ad ea, quæ comedunt Fratres Franciscani, de quibus loquuti sumus, prout loquitur *Ioann. vigesimus secundus in extrauaganti, Ad conditorem de verbor. significat.* qui vult esse simulationem, & falsitatem in his rebus consumptibilibus, vsum separare à dominio, videantur quæ nos diximus circa monitum duodecimum in dicta defensione. Et ita hæc propositio simpliciter proposita, vt est proposita, nobis est imposita, sicut præcedens. Si verò restringatur, est propositio Ioannis vigesimi secundi, & ponitur infra in nona & octaua propositione, & etiam in quarta.

Tertia propositio, Quod Apostoli per Apo- 11
stolatum, & Monachi per Episcopatum absoluuntur à voto solemni paupertatis præcedentis.] Hæc propositio imposita nobis est, quia expressè in dicta defensione contrarium diximus, recedendo ab opinione Reuerend. Patr. Dominici de Soto, in quam inclinauimus alias, vt expressè diximus in dicto libello circa primum monitum, & ita nescio quo consilio auctor hæc componat.

Quarta propositio, Quod Petrus & Mona- 12
chi post votum solemne sunt domini, etiam in speciali vestium, panis & eduliorum.] Hæc propositio periculosa sanè est & propter quam periclitari fides possit, si dominium sacci, quod solet ad cadauer pertinere, vel frusti panis, quod solet esse apud mutes, sit apud fratres sancti Francisci, de quibus solum loquuti sumus: nam aliorum religiosorum vestes, quæ preciosiores sunt, cùm in communi sint capaces, erunt apud conuentum, sicut diximus vestium serui dominium esse apud dominum: sed Fratres minores non magis capaces sunt in communi, quàm in speciali: & quod possint eis facci arbitrio suo à Guardiano auferri, pertinet magis ad votum obedientiæ, quàm paupertatis, vt iam ostendimus, propter quod votum obedientiæ, ex facto suo præcedenti dominium sibi auferri liberè potest, ne regula iuris obster. sed certè hæc quæstio, vt dicitur, est de lana caprina, cùm id quod *Nicolaus 3. in capit. Exiuit, de verbor. significat.* appellat vsum, Ioan. vigesimus secundus dicit esse dominium, quia in his rebus dominium non posset separari ab vsu, vt *Caius & Vlpianus* probant *& alij iurisconsulti, & sanctus Thomas*, quos nos allegauimus, quibus non datur responsio, & in effectu non est aliud discrimen, vereor ne si in his leuibus adeo vrgeamus, dici nobis possit, *Væ vobis qui decimatis mentham.*

Quinta propositio, Quod dominium rerum 13
temporalium est necessarium Prælatis ad administrandum.] Ea propositio, vt ego dixi, verissima est, quia vtile & necessarium est, quod Prælati habeant bona, vt melius possint administrare, idque dixi contra hæreticos Ecclesiæ vsum impugnantes, vt appareat ex dicta defensione in prima parte circa monitum 13.

Sexta propositio, quod dominium verum bo- 14
norum

norum stabilium Ecclesiæ habent Prælati, & clerici.] Hæc sexta propositio intelligendo de bonis suæ mensæ assignatis, verissima est, cùm rei vendicatio sibi detur, & ita sunt domini, vt maritus rei dotalis, vt latè diximus, nec D. Martinus respondet nostris rationibus, & est quæstio potius de nomine, vt diximus circa vndecimum monit. in numero secundo, in defensione nnmer. 13. & circa monit. vigesimum-quartum in 1. part. vbi latè, & in secunda part. circa moni. 12. vbi omnino videatur.

Septima propositio, quod Franciscanus in
15 particulari est dominus vestium, & ciborum ad vescendum donatorum.] Hæc propositio iam suprà exposita est, quia est bis vel ter concepta, nisi priorem propositionem de alijs Monachis intellexit, sed ego solum de fratribus sancti Francisci expresse loquutus sum, & hæc est decisa in *dicta extrauaganti ad conditorem, & in extrauaganti, quia quorumdam de verb. signific.* quibus non respondetur in apologia, neque in propugnaculo.

Octaua propositio, quod Monachus quærit
16 sibi dominium vestium, & ad vescendum sibi datorum, non autem seruus.] Hæc propositio est similis præcedenti, si dominus det vestes seruo, in dominio domini remanent; sed si Guardianus sancti Francisci vestiat fratrem, non magis potest esse facci dominium apud Guardianum, quàm apud ipsum fratrem, apud qoem igitur sit ponit Ioan. 22.

Nona propositio, & consequenter quòd seruus & Monachus, non æquiparantur in acquirendo; ille suo domino, hic ordini suo, vel monasterio, vel certè Deo speciali ratione.] Hæc propositio est verissima in monasterijs ordinis sancti Francisci, de quibus nos loquuti sumus, quia seruus acquirit domino, Monachus sancti Francisci, non monasterio, vt iam admonuimus sæpè prædictum authorem, qui confundit alias religiones cum religione sancti Francisci, de qua tantum nos expresse loquuti sumus.

Decima propositio, quod paupertas seruilis, est maior paupertate euangelica.] Hæc propositio quam ex nostris infert, nescio quod dubium habeat, cùm *Io. 22. in extrauaganti inter nonnullos*, declaret eos hæreticos, qui asserunt Christum, & eius discipulos nihil habuisse in speciali, neque in communi: ideo non est hæreticum, sed verissimum dicere seruos, neque in speciali, neque in communi aliquid habere.

Vndecima propositio, quod ridiculum est dicere monachum non esse dominum eorum quæ vestit, & edit.] Hæc propositio ad Ioan. 22. pertinet, & de ea diximus ostendendo esse duplex dominium, alterum naturale merum, sine quo vitam transigi impossibile esset, quale est panis, & facci, quod nulla lege adimi potest, aliud politicum, de quo videnda sunt quæ diximus circa monit. duodecimum in dicta defensione, & *diuus Chrysostomus super Ioannem capite secundo* inquit: Frigoris gratia, & caloris, & pudoris vestibus egemus.]

CAP. II.

De intellectu leg. final. in §. final. ff. de legat. 2. quando ignorantia prosit in alienatione rei subiectæ restitutioni.

SVMMARIVM.

1. *Alienatio rei subiectæ restitutioni ab ignorante factu valet, & debet fidei commissario solui æstimatio.*
2. *Nisi expresse sit prohibita alienatio secundum doctores, & defenditur hac distinctio.*
3. *Reprobatur distinctio Imol. inter fidei commissum vniuersale, & speciale.*
4. *Defenditur intellectus Bald. & Cuman. quando prouenit ignorantia ex facto testatoris.*
5. *De intellectu l. quæsitum. ff. qui & à quibus, & l. si pater. de manu. vindict.*
6. *In fidei commisso perpetuo non habet locum ista lex.*
7. *Nunquam emptor tenebitur rem restituere, nisi reddito sibi pretio, etiam vbi alienatio non tenuit in specie istius legis.*
8. *Alienatio ab ignorante facta non facit locum fideicommisso, nisi superueniente scientia rem non recuperauerit.*
9. *Quantum tempus ad hoc sufficiat, relinquitur arbitrio boni viri.*
10. *Quando alienatio per metum facta silentio confirmetur.*
11. *In specie nostra debet recuperare hæres quamprimum possit rem, quam ignoranter alienauit.*

MAritus vxorem (inquit *Scæuola*) ex asse hæredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator præcepit, prædium hæreditarium vxor infructuosum rationi suæ existimans vendidit: emptor quærit an retractari hæc venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hæreditas data deprehenderetur, an verò solum quantitas pretij ab hærede fideicommissarijs deberetur, respondi, propter iustam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris hæredem mulieris, vt fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario dari debere.] Ex isto textu notant doctores, quod si res subiecta restitutioni alienetur ex insta ignorantia, quia & emptor, & venditor fideicommissum ignorabant, tenet alienatio, & restituendum est fideicommissario pretium, non enim sufficit solius emptoris bona fides, vt alienatio teneat, vt in *l. final. in §. emptor, C. commun. de legat. & his.*

In

Prima declaratio huius legis. In primis autem intelligendus est hic text. in re subiecta restitutioni, non tamen prohibita alienari, si enim eius alienatio esset expreßè prohibita, non haberet locum hic text. sed nulla esset alienatio, cum maior esset vis prohibitionis, quàm iustè ignorantię secundum *Paulum hic*, *& in consil.* 247. *in libro primo in. 6. colum. post*
2 *medium*, quod etiam tenent alij, quos *Alexan.* refert *in leg. Marcellus in. § res quæ in numero* 4. *ff. ad Trebellia. & Claudi in numero* 4. *Iason. in leg. filius familias, in. § diui.* 2. *lectu in numero* 100. *de leg.* 1. vbi *Ripa in numero* 1. *in versicul. quartus casus*, *Socin. in cons.* 49. *& cons.* 75. *circa finem*, *in libro primo & Deci. in cons.* 38. *in numero quarto in fine & Cornel. in cons.* 294. *in numero quinto in libr.* 3. *& Parisi. in cons.* 81. *in numero* 43. *in libro secundo Ruin. in cons.* 111. *in fin & consiliorum &* 109. *numero vigesimo primo &* 147. *sub numero* 14. *lib.* 2. *& in cons.* 39. *in fine & cons.* 127. *numer.* 13. *in libro quinto Grat. respons.* 91. *in libro primo in numero* 14. *& decisio. Pedemon.* 73. *contra Ruin. in cons.* 118. *in numero* 4. *in volum.* 2. *Alciatus in ista. leg. in numero* 6. *contra Socin. in dict. §. rei quæ in numer.* 10. Nam licet rei subiectæ restitutioni semper alienatio prohibita sit, vt in *lege final. in paragra. sed quia*, *& in paragra. sin autem sub conditione. Codice commu. de leg.* tamen maxima est differentia inter prohibitionem expressam & tacitam, quæ oritur ex de fideicommisso, quando nondum venit dies fideicommissi, cùm interim valeat alienatio, vt in *Statius Florus*, *in paragra. Cornelio Felici. ff. de iure fisci*, *& in leg. fin. in §. sin autem sub conditione C. commu. de leg.* notat *glos. in lege cum pater*, *in paragra. libertis. ff. de legatione secunda.* & alibi latius dicemus, & hæc opinio probatur, quia iste text. solum procedit in fideicommisso conditionali, si pendente conditione fiat alienatio, secus in puro, quia eo tempore, quo fit alienatio, non habet hæres ius alienandi, cui comparatur iste, in ea specie, in qua licet fideicommissum sit conditionale, prohibitio tamen est puta, quæ simili modo impedit alienationem ab initio, vt in *dict. lege filius famil. in paragra. Diui.* 2. *ff. de leg. prima* Et istas duas species optime coniungit *Alciatus in numero* 7. quæ omnia vera sunt quoad rei dominium, sed quoad restituendum pretium emptori. in nulla dictarum specierum dabitur excusatio, vt infra ostendemus in numero septimo.

2. Interpretatio, Io. de Imol. quæ reprobatur. Secundo modo intelligit istum text. *Ioan. de Imol.* quando res cesset subiecta restitutioni sub fideicommisso vniuersali, & sub conditione ita, vt tempore alienationis ius sit apud alienantem, quia nondum venerit conditio fideicommissi, & quod minus possit in rebus particularibus fideicommissum vniuersale, quam particulare, ideo in fideicommisso puto, vel cuius conditio aduenerit, vel particulari non procedat textus iste: sed certè hæc interpretatio, & distinctio, inter particulare, & vniuersale fideicommissum placere non potest, licet enim vniuersali fideicommisso non transferatur dominium ante restitutionem, tamen si sit purum fideicommissum ab initio, inutilis est alienatio, & quoad hoc non minus operatur vniuersale, quàm particulare fideicommissum, saltim ex *Iustiniani iure in l. final. in §. fin. autem sub conditione C. commu. de lega.* Item quod eo tempore nondum venerit conditio fideicommissi, nihil efficere videtur cùm resoluto iure alienatis; idem sit ac si eo tempore nihil nihil habuisset, vt in *l. lex vectigali. ff. de pignor. cum alijs*, & ista lex finalis iustam ignorantiam solum considerat, tamen in hoc est maior difficultas quam infra latius declarabimus.

Tertio modo textum istum intelligebat *Bal. hic & Raphael Cuma.* vt solum hic text. procedat quando ignorantia prouenit ex facto testatoris vt hic, non enim permisit testator maritus codicillos aperiri in vita vxoris hæredis institutæ, ideo ex facto ipsius testatoris fuit ignoratum fideicommissum in codicillis relictum, quod etiam tenet *idem Bal. in aut. rei quæ C. commun. de lega.* cuius opinio quòd ignorantia etiam iustà non sufficiat, nisi ex testatoris dispositione oriatur, licet eam communiter Doctores non sequantur verissima est, nam vt inquit *Papinianus.* Ignorantes astringuntur fideicommisso,) In l. *cum pater, in paragra. surdo, & muto, ff. de lega.* 2. pro cuius intelligentia considerandum est, quod scientia, vel ignorantia, seu bona fides licet adiuncta cum alijs adminiculis possit dominiũ adijcere, & de vno ad aliũ transferre, vt in vsucapione, & præscriptione apparet, de se tamen sola nunquam tantum potest vt ius mutet, nec dominium sine voluntate domini transferat, est enim regula iuris, quod id, quod nostrum est sine facto nostro ad alium transire non potest. Et hoc ex multis iuris partibus ostendi potest, vt in *tit. C. si quis ignorans rem minor.* Et hoc in terminis nostris probatur, in l. *flucho, in fin. cum glo. fin. ff. de vsufruct. legat.* Hæc autem ignorantia, quando ex culpa illius, qui in ea re potest facere præiudicium prouenit, non eisdem regulis aduersatur, eum sicut expreßè ei res potuit facere præiudicium, potuit & aliquid faciendo, ex quo ad id deueniatur, facit text. in *l. cum fidei.* cum his quæ ibi notat *Benedi. de Plumbi. ff. de fideicommissa. liberta.* in simili facit text. *in l. Zenodorus, C. ad Senat. consul. Macedon. & totus titulus C. si minor se, maior. dixer.* vbi ex facto & culpa alicuius, bona fides alterius ius mutat, ergo istius legis specialis ratio est, quia ex facto defuncti, qui fideicommisso potuit præiudicium facere ea ignorantia prouenit, vt Baldus inquit.

3 *Interpretatio Bal. & Cumæ.*

Hæc autem omnia quæ dicta sunt circa interpretationem istius *l final. in paragra. fin. de leg.* 2. quod intelligatur vt valeat alienatio rei fideicommisso subiectæ propter ignorantiam, quæ prouenit ex facto & voluntate domini, & testatoris defendendo interpretationem Bald. & subtilis Cuma licet satis su-

Difficultas noua istius l. perque videatur comprobata, tamen non leuem patiuntur difficultatem, quia neque fauore libertatis sine voluntate domini valet dispositio ab ignorante facta, etiam si illa ignorantia iustissima fuerit, & ex facto, & voluntate domini emanauerit, tantum abest vt vndecunque proueniat ignorantia (vt Doctores volunt) sufficiat, textus est notandus in *in l.quæsitum. ff. qui & à quibus manu. libr. non fiant* vbi in *paragra. Iulianus.* ait, ita inquit *Paulus*, Iulianus ait si postquam filio permisit pater manumittere, filius ignorans patrem decessisse manumisit vindicta, non fieri eum liberum, sed & si viuit pater,& voluntas mutata erit, non videri volente patre filium manumisisse.] Ecce quod neque fauore libertatis ignorantia etiam ex domini facto, & voluntate perueniens sufficit, qua re igitur in *ista l.fin.* ignorantia ad subuertendam testatoris voluntatem sufficiet?

Ego existimo huic difficultati posse responderi, vel quod in *ista l. final in paragra. fin.ff. de* *Singularis interpretatio.* *legat.* 2. id permittatur vt pœna duplæ, qua hęredes vxoris ex euictione teneretur, vt in *leg.final. in paragra. final. C. de commun. de legatis.* excusetur, vel quod in *dicta lege si pater.* filius familias esset nudus minister, non dominus serui, nam si in eum esset dominium translatum, reuocatio patris, nisi ei nota esset, non noceret manumissioni serui postea subsecutæ vt in *leg. si pecuniam in paragra. si seruum quis ff. de conditione caus. dat.* ex mente glos. *in dicta lege si pater filio, & in dicto paragra. si seruum*, quam ibi doctores sequuntur, & ita in *ista lege final. de legatione secunda* valuit vxoris alienatio, quia eo tempore domina erat, quia nondum dies fideicommissi cessarat, cum esset fideicommissum post mortem vxoris relictum, nam dicit texto; Cuius post mortem codicillos aperiri testator præcepit, & quibus codicillis per fideicommissum hæreditas data deprehenderetur.) Ex quibus apparet conditionale fuisse fideicommissum, vt in *lege dies incertus* ff. *de conditionibus & demonstrationibus*, ridiculum enim esset fideicommissum purum in codicillis post hætedis mortem aperiendis relinquere, id enim obseruari solet in dispositionibus post mortem hæredis constitutis, vt in *lege pupillares. ff. quem admodum testa. aperi. & in lege tertia Codice eodem titul.* quin etiam si non expresse conditio fideicommisso esset adiecta, hoc quodammodo conditionis vim habere videtur, quod in vita hæredis aperiri prohibuerit testator codicillos, quibus fideicommissum erat relictum. argument. text. in *lege prima in paragra. dies autem. ff. de conditionibus & demonstrationibus.* Et licet videretur non differre fideicommissum conditionale in hoc à puro postea adueniente conditione, tamen concurrente facto testatoris facilius sustinetur actus, qui valuit ab initio, ex quo impeditur retrotractio aduenientis conditionis, propter medium contrarium.

Concurrentibus igitur his quod dominus sit is, qui alienat, & quod ignoranter alienet, ignorantiaque proueniat ex facto, & voluntate testatoris, alienatio rei subiectæ restitutioni tenebit, & tunc non in totum fit fideicommissario præiudicium, sed in ea specie pretium loco rei succedit, quod in iure aliquando est permissum, vt pretium pro re soluatur, vt probatur in *lege non amplius, in paragra. si quis bonorum. ff. de legatione prima* quia eadem vtilitas repræsentatur, ideo ne res alienata reuocetur temperatur in hac specie rigor, sicut alibi in simili dicit, *Bar. in. l. Marcellus in paragra. res quæ in numero ff. ad Trebel.* vbi *Imol. in fin. colum. & Iason. in numero* 12. *& in l. in quartam in numero 9. ff. ad leg. Falcid. Deci. in consi.* 155 quādo res repetitur aliena computatur in quartam, licet alias non esset in potestate hæredis eligere certam rem pro sua quarta.

Quod si in specie istius legis finalis fideicōmissum perpetuum foret, vt non exeat de familia, cum ea vtilitas pretio repræsentari non posset, non enim pecunia conseruari cum vtilitate, vt aliæ species, potest, vt rei euidentia ostendit, licet doctores nostri non parum de hac re controuertant, quos latissimè refert *Traquel. de vtroque retract in. 1. par. in. §. 1. in glo. 7. in num. 104. cum sequent.* non procedere text. iste *in ista leg. fin.* vndecunque ignorantia proueniat etiam ex facto testatoris, quod *Alciatus* nouissime voluit *in ista lege in numero septimo*, licet videatur imputandum esse testatori, & facile fieri posse fraudem emptori, sed fraus fieri non poterit, quia nunquam restituere rem debebit emptor, nisi ei pretium soluatur, vt hæc fraus euitetur, ideóque multo minus in specie istius legis fin. poterit res ab emptore auferri, quando hæres non est soluendo, cum æquius sit eum potius ex facto testatoris lædi, qui ex titulo lucratiuo venit, quàm emptorem, vt bene contra Paulum & Corne. tenet *Alciatus in numero quarto* quod statim clarius ostendemus, denique vbi fideicommissum est perpetuum, & emptori satisfit de pretio, res poterit vendicari, quia in ea specie ex dicta alienatione non transferetur dominium, & idem crederem in fideicommisso puro, vt non habeat locum ista lex, quia tunc est nudus minister, nisi ad prædictum effectum, vt emptor, nisi sibi pretio solutorem restituere nō teneatur, nam prędictæ leges, quæ ignorantiam etiam ex facto domini nō admittunt, in titulo lucratiuo loquūtur, vbi nullum damnum alicui infertur, etiam si actus irritetur, quod si damnum fieret, teneretur ille, cuius culpa id contingit, ad id, quod inter est, vt in *l. si pecuniā in § stē si quis dederit ff de cōdict. cauf. dat.* & facit *l si pupillus in § de quo palam. ff. de institori.* Quæ culpa, cū in proposita specie sit testatoris, potius erit ius emptoris, cū sit creditor, quā causa fideicommiss. vt in *l. filius familias, in §. diui, 2. in vers.* Sed

Sed hæc neque creditoribus, neque fisco fraudi esse. ff. de lega. 1. quod est valde notandum, neque enim aliquis ex doctoribus nostris hoc interpretatur.

8 Ex alienatione autem hac ab ignorante facta non fiet locus fideicommisso, quasi alienatione contra prohibitionem facta, pœna enim cessat vbicunque non est culpa commissa, vt in *leg. pater familias. ff. de hæredib. instituend.* bonus text. in *leg. interdum, in paragra. serui. ff. de publican. & vectigal.* text. in *l. vni. cum gloss. in verbo secundum minui, C. de his, quæ pœnæ nomi.* *Paul. de Castro in l. pater Seuerinam. ff. de conditioni. & demonstrationib.* & text. expressius in. *l. in testamento quidam. ff. de conditio. & demonst.* & licet videatur incidere ipso iure in pœnam quamuis postea restituatur, vt in *l. cum filius in paragra. in hac cum glos. ff. de verborum obligationum & in l. 2. per glos. Codi. de iure emphy.* vbi *Iason, in numero* 184. tamen id in contractibus procedit, in vltimis autem voluntatibus verius est, eum esse securum ipso iure neque opus esse restitutione, facit textus in. *l. quibus diebus, in principio ff. de condition. demonstratio.* Denique cum ignorans alienat, non incidit in pœnam, nec fit locus fideicommisso, sed si postea certior factus prohibitionis rem alienatam non vendicauerit, tunc in pœnam incidisse videtur, & locus erit fideicommisso, vt in *leg. cum quidam. 2. circa finem, ff. de legat. 2.* & videtur expressum, *in leg. prima in paragra. final. cum duabus legibus sequentibus. ff. de posit. & in l. si quis infìciatus, eodem titu.* cum his quæ optime *Deci. in leg. qui in alterius. in numero 8. & 9. infra de regul. iur.* Neque obstat quod in illis legibus satisfiat cum pretij restitutione, quia loquuntur in contractu, in quo satisfacit dum nihil apud se retinet obligatus, hic vero defuncti voluntatem adimplere tenetur, cui non potest pretio satisfieri in fideicommisso perpetuo, vt supra probatum est, ideo fit locus fideicommisso illo, qui alienauit, non recuperante, & ita poterit fidcicommissarius recuperare rem apud exterum, contra dispositionem testatoris existentem iure suo ex hæredis negligentia, cuius causa, cum ignorans non incidat in pœnam antea, prior erat, vt est expressum in *dicta lege cum quidam, cum leg. sequent. supra isto titul.* & alienatio, quę prius excusari ignorantia potuit, scientia superueniente excusatione remanet destituta, si rem negligit recuperare hæres, quia non videtur carere dolo, argument. text. in *leg. fin. in primo responso, infra qui, & à quibus* facit text. *in leg. si filius familias. supra ad senatum consultum Macedoni.* text. elegans in *leg. Imperator noster infra qui sine manumissi. ad libertat. peruene.* Ibi: nihil enim interesse ipse abducas, & prostituas, an patiaris prostitutam esse pretio accepto, cum possis eximire.) neque causari poterit, quod semel ignarus vendiderit.] vt eleganter inquit *Paulus iuriscousultus in dicta lege tertia supra*

Franc. Sarmientus

de posit. faciunt quæ diximus supra in libro primo in capite decimo in num. decimo tertio in fin. facit text. cum ibi notat in *capit. final. extrau. de electionib. & per recentiores in capit. ex transmissa de præscriptio. & in lege secunda ff. si quis cautionibus* optimus text. in *leg. 2. in paragra. & generaliter, infra de dol. exceptio.* optimus text. *in l. si extraneus, supra de donationi inter vir. & vxor. in versic. sed si vir.* & licet post ea Neratius aliud probet tamen id speciali ratione, quæ in illa specie versatur, & quę huic rei nõ videtur conuenire.

Neque in specie huius legis scientia superueniente interpellatio erit necessaria, quia cum semel contra testatoris voluntatem quamuis ignorans fecerit magis factum, quod iam excusatione caret, quàm non factum est iudicandum, vel si non factum sit, est in re in qua facere quam primum potest tenetur, quia cum quis tenetur facere ex vltima voluntate, siue id incipiat à dispositione, siue à conditione, si quamprimum potest facere cesset, committitur pœna, vt in *leg. ita stipulatus la magna, versicul. idque infra de verborum obligationum & ibi Bar. in numero 14 & Iason. in numero 17.* 9

Tempus arbitrio boni viri assumend.

Quantum vero temporis transire oportet, vt ex negligentia hæredis in ea specie fideicommisso locus sit? Ergo puto spatium arbitrio boni viri assumendum, iuxta Pauli responsum in *l. peculium seruo in paragra. final. ff. de statu liber.* vbi ad considerandam moram hæredis in manu mittendo ita inquit: Sed non tam continuum tempus exigendum est, vt præcipitate cogatur hæres, vel ex peregrinatione celerius reuerti ad manumittendum, vel administrationem rerum necessariarum intermittere, neque rursus tam longum tempus exigendum est, vt quamdiu viuat protrahatur manumissio, sed modicum scilicet, quo primum possit sine magno incommodo suo hæres manumittere.] Facit quod eleganter inquit *Venuleius in lege continuus actus, in paragra. cum ita stipulatus, infra de verbor. obligation.* ibi; Et magis est vt totam eam rem ad iudicem, aut ad virum bonum remittamus, qui æstimet quanto tempore diligens pater familias efficere posit, quod facturum se promittit is, qui Ephesi daturum se sponderit, neque diplomate, id est diebus ac noctibus, & omni tempestate contempta iter continuare cogatur, neque tam delicatè progredi debeat, vt reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis, ætatis, sexus, valetudinis id agat, vt maturè perueniat, id est eo tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent peruenire.) Et quod *idem Venuleius in paragra. item qui insulam, eiusdem legis*, qui insulam fieri spoponderit inquit, non vtique conquisitis vndique fabris, & plurimis operarijs adhibitis festinare debet, neque rursus vno, aut altero contentus esse sed modus adhibendus est secundum ratio-

nem diligentis ædificatoris,& temporum,locorumque.] Facit optimus text. ex quo res hæc æstimanda erit,in *leg.cum vero, in parag. apparet, infra de fideicommiß. libertat. & in leg. Thais ancilla, in. paragra. Lucius Titius, in versicul. respondi, eodem titul. de fideicommissarys libertatibus.*

Metus excusat donec cesset non postea in actu prohibito.

Et ita,si quis per metum rem prohibitam alienari vendiderit, cum primum metus cessauerit,rem debet recuperare, alioquin culpa sua locus fiet fideicommisso, non quod per non factum approbata venditio videatur(hoc enim solum non purgat metum, alioquin actio
10 quod metus causa, quæ perpetua est, vbi non ad pœnam, sed ad rei restitutionem agitur,vt in *lege si cum exceptione in paragra post annum d.quod met. caus. & in leg.3. cum glos.C.eodem titul.* efficeretur momentanea) ideo semper vel lapsus 30. annorum, vel actus positiuus requiritur, vt in *leg. x.Cod. de his, quæ vi, metusue causa.* nec tempus solum de se sufficiet, sed iunctum cum alijs multum longi temporis lapsus operatur, argum. *leg. si filius Cod. de petitio. hæredi.* neque obstat ad hoc text.in *l.fin.C.si maior factus*, quia ibi est à lege specialiter terminus statutus, sed ea ratione quam primum poterit debet rem recuperare, etiam si nondum sit ab actione quod metus causa exclusus is, qui rem fideicommisso subiectam ignorans alienauit,quod in specie proposita pœna, seu conditio apposita est,si alienauerit, ad quam vitandam omnem diligentiam, quam potest præstare debet, arg.text.in. *l. hac conditio. 2. d. de conditio. & demonstratio. & in leg. 1.in. §. item si ita legatum sit, ff.ad l.Falcid.* notat *Bart. in l.13. d.de lega. 2.* facit text.*in leg. 2.in §.confestim.ff.ad senat.consult. Tertullian.* Non enim negligentibus subuenitur, sed necessitate rerum impeditis] inquit text. in. *l.non enim ff. ex quibus caus. maior.* ideo non est exspectandum, vt vel ratificatione, vel consensu actio quod metus causa consumpta sit, vt locus sit fideicommisso, sed sufficit quod tantum temporis sit elapsum, quo commodè rem repetere potuit, quod est valde notandum ad materiam text. *in leg. final. C. de iure emphyteu.* si per vim, vel ignorans emphyteuta alienet, & postea cessante metu, vel ignorantia cesset rem recuperare, neque puto antea ipso iure in pœnam incidisse, vt sit opus restitutione, vt voluit glo. *in dict. leg.2. Cod.de iure emphy. in verbo & secundum legem*, licet eam secundum *Iason. in numero* 184.sequantur doctores, quia text. *in leg.cum filius in paragra. in hac de verbo. obligation.* non procedit in pœnis legalibus, sicut neque in vltimis voluntatibus, vt supra diximus, sed, incidet in pœnam si aduenıente scientia rem non recuperet, cum tunc sit in culpa, ad quod facit text. notabilis in *leg. quod in diem in paragra.fin.* ibi. Peti hæreditatem ab eo posse, quia repetere potest] *ff.peti.hæred.* text.notabilis in *lege electio, in parag. fiis, in versicul.diuersum,* ibi. Si moram feceris in iudicio accipiendo) *ff.de noxal.* facit *cap. si beneficia de prabend.in libr.6.* ibi: Certiores effecti sublata difficultate quandocunque. notat *Roma in consil. 329. in numero 5.* & facit text.in. *l.si vero plures,in paragra.positum ff.de his, qui deie. vel effu.* text.not.*in l.illud,in paragra.minus, in versicul.sed re comperta. ff. de tributo.* facit text. in *l.4.in paragra. final. ff. ad legem Iul.de adul.* & text.in *l. si quis inficiatus.ff.de pos.* facit etiam optimus text.in *leg. quis sit fugitiuus in. paragra. idem ait, ff. de adi. in dict.* vbi ita *Vlpian.* Si seruus tuus fugiens vicarium suum secum abduxit, si vicarius invitus, aut imprudens secutus est, neque occasionem ad te redeundi nactus prætermisit, non videri fugitiuum fuisse, sed si aut olim cum fugeret intellexit quod ageretur, aut postea cognouit, quid acti esset, & redire ad te cum posset, noluit, contra esset:] optimus text. in *l.non omnis, in paragra.si captus.ff. de re milita.* vbi *Arrianus* inquit, qui captus, cum poterat redire non redijt, pro transfuga habetur.) Et ibidem glos.allega.leges notatabiles,quæ multum pro hac re faciunt, facit text. notabilis *in.l.si finita in.§ si quis metu ff.de nou.oper. nunciat.* fac.tex.notabilis *in l.qui contra C.de incest. nupe.* ibi: Exceptis tã fœminis, quã viris,qui aut errore acerrimo nõ affectato insimulatoue,nec ex vili causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi, quos tamen ita demom legis nostræ laqueis eximiplaυit, si aut errore comperto, aut vbi ad leginmos peruenerit annos,coniunctionem huiusmodi sine vlla procrastinatione dirimerint.) Text. in *leg.cum ancillu*, vbi glos. *verbo cognitum, eodem titul.* text.in *lege prima Codice de falß.monet.* optimus text. in *lege tertia in paragra is qui nescit de libr.homin.exhiben.* illud autem indubium est locum fieri fideicommisso, si tamdiu recuperationem distulerit, vt ius recuperandi extinctum sit, tunc enim alienasse voluntate sua videtur, vt in *l.alienationis verbum. ff. de verborum significationum* quam dicta gloss. etiam allegat,facit text. notabilis in *leg. si fundum ff de fund.dota.* textus elegans in *leg.si extraneus in principio ff.de iure dot.* facit in argument. *l.si pupilli, in. paragra. videamus, ff. de nego. gest.* optimus textus in *leg.1.parag. vtrum si quid in fraud. patrom.* ibi, quemadmodum si passus esset actionis diem abire,) & late *Tiraquell. de retract.in 1. parte in paragra. 1.in glos. 9.in numero* 245.facit textus notabilis, in *leg. in fraudem ff. quæ fraudem cred.* In fraudem, (inquit *Paulus*) facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere intelligendum est.) Facit etiam *leg.ibidem sequens*, & text. in *l.sed & si lege, in paragra.de eo autem.ff. de petition. hæredib. & in leg.si adulterium cum incestu, in. paragra. ijdem Imperatores.ff ad legem Iulia. de adulter.* faciunt quæ latè tradit *Tiraquellus. in tracta. de vtroque retract. in secunda parte in paragra. primo in glos. 2. numero 49. & in paragra. secundo in glos.vni,in numer.*

50 hac

50. hæc circa alienationem rei subiectę restitutioni ab ignorante factam dicta sint, quod si scienter alienatio fiat in crimen stellionatus incidit alienans, vt in *leg. statu liberum, in. §. si statu liberum. ff. de statu liber.* sicut & qui rem obligatam vni alij vendit, vt in *leg. 3. ff. de crimin. stellionat.*

CAPVT III.

De interpretatione. l. 1. in. §. stipulanti ff. de verbor. obligationib.

SVMMARIVM.

1 *Promittens decem stipulanti viginti tenetur in decem.*
2 *In Caij institutionibus contrarium probatur.*
3 *Intellectus. §. præterea de inutilibus stipulatio. & num. 5.*
4 *Complacentia operatur etiam si non sit stipulatio quantitatis.*
5 *Quando numerus rerum est discretus est idem; quod in summis.*
6 *Qui promittit ire Hierosolymam genibus flexis ad nihilum tenetur contra Nauarrum.*
7 *Intellect. l. Celsus. ff. de arbitr.*

1 IN *l. 1. in. §. si stipulanti. ff. de verbo. obligatio.* vult *Vlpianus*, quod si quis ita stipuletur, decem dari mihi promittis? Tu quinque spondeas, vel per contrarium quinque quis stipuletur, tu verò decem promittas, in quinque valet stipulatio, quia in decem quinque insunt, sed text. in. §. *præterea insti. de inutilib. stipulationib.* contrarium videtur probare, vt inutilis sit hæc stipulatio, inquit enim text. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat, veluti si quis decem aureos dari stipuletur, tu quinque promittis, vel contrarium.) Ecce quod text. simpliciter respondet, inutilem esse stipulationem, significans in totum inutilem esse, quod in Caij institutionibus expressum esse, vt integrum inutilis
2 sit refert *Cuiaci. in dict. §. si stipulanti*, sed licet hoc in Caij institutionibus contineatur, tamen text. in dicto parag. præterea, illa verba omisit, quia noluit improbare *Vlpiani* sententiam, in *dict. §. si stipulanti*, & licet sententia Cuiac. vt in totum inutilis sit stipulatio, suaderi videatur ex sequenti exemplo, quod *dict. §. præterea adaptat*, subiungit enim, aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas.]
3 In quo exemplo inutilem esse in totum stipulationem manifestum est, exempla ergo inutilis stipulationis eodem modo interpretari debent, maxime quia inutilis dici non posset, quæ in aliqua parte vtilis esset, tamen ad hanc difficultatem glo. in *dict. §. si stipulanti* respondet vno modo quod ibi inutilis non sit in totum, quia complacuit statim diuersitas, in. §. *præterea*. Non complacuit, quam solutionem, Cuia. ibi quasi nouam, & à se inuentam ponit, sed hæc solutio vera non est, quia etiam si nihil amplius dicatur, valet in minori summa stipulatio contra Cuiac. quod apertè probatur, nam si requireretur noua voluntas, non esset aliquid singulare in summis, in quibus discretę quantitatis ratio hoc exigit, quia in maiori summa discretiue, in alijs autem pars in est continue minor, non esset inquam aliquid singulare, si id efficeret complacuisse postea, quoniam secuta, quam vocant, complacentia, etiam vbi esset diuersa responsio in qualitate valeret stipulatio, vt in *dict. l. 1. in versi. cum adijcitur.* cuius regula sumitur ex pręcedenti responso, licet *Cuiaci in. §. præterea*, velit nihil efficere vt complaceat, nisi vbi in stipulatione insit id, in quod diuersitas
est, vt in summis, ego vero cum text. velit, vt 4
complacitum sit loco stipulationis, & noua videatur stipulatio, existimo in omnibus speciebus dictæ *l. 1. & istius §. præterea.* id complacitum efficere vtilem stipulationē, quæ sine noua voluntate esset inutilis, & licet videatur dici non posse; vt sit stipulatio quo ad id, quod responsum est, cum verba deficiant, tamen voluntas statim secuta, efficit vt verba inutilia ab initio, quia diuerse responsum est, vtilitatem ex nouo consensu afferant, verus igitur sensus & solutio dicti. §. præterea, est vt communiter intelligitur, quod in prima specie inutilis sit stipulatio prout concepta est, non tamen in totum, sed quo ad summam in interrogatione. & responsione in simul non comprehensa, in comprehensa autem non sit inutilis; nisi pars, quę decem stipulata est statim renuat habere quinque secundum glo. in *dict. §. si stipulanti*, tria igitur sunt consideranda vbi est diuersitas, primum vbi stāti placet quid ab initio fuit diuersum & tunc nouus consensus nouę stipulationis vim obtinet, vbi verba promissionis concordant, licet res discordent, quia vnus stipulatur, alius promittit, sed diuerso modo. licet Cuiac. velit complacentia solum prodesse vbi insit res, quę promittitur in stipulatione 2. est quando post stipulationem nihil partes exprimunt, & in minori summa in maiori comprehensa stipulatio tenet sine complacentia. 5
3. Est si statim displicet diuersitas, & tunc in omnibus speciebus corrumpitur stipulatio, in altera quia non interuenit nouus consensus, in altera, quia superuenit contradictio in cōtinenti in re in qua ab initio non omnino concordes fuerunt, alioquin displicentia etiam incontinenti non noceret vt diximus latè in libel. de reddi. ecclesia. in. 1. parte in ca. 4. nu. 10. complacitum ergo etiam in diuersis rebus efficit validā stipulationem, licet verba deficerēt stipulandi, & potius pactum efficere nudum videātur, quia vt dixi promittis, & promitto iam prolata sunt, & licet inutiliter propter dissensum in rebus, seruient tamen verba si statim

in eisdem consentiantur, quia tunc verba priora sufficiunt, nam idem existimarem, si nulla re expressa, ita stipuleris, promitris, & tu respōdeas promitto, si statim conueniant quid promissum est, esse stichum seu aliam rem, vt teneat huiusmodi stipulatio: sicut inutilis actus potest à nuda voluntate effici validus, arg. *l. qui ex liberis, in §. testamento, in versi. planè. ff. de bon. possess. secund. tab.* & deficto baptizato postea sublata ficione, vt *in c. tunc valere de consecrat. distinct.* 4. de quo *S. Tho. in 3. part. q. 69. in art. 9. & in. 4. q. dist. 4. q. 3. ar* 2. vel potius quia relatiuè videtur facta stipulatio ad id quod statim est declaratum, ideo valet, vt. *ff. de hared. insti. in. l asse toto*, & hæc est mea sententia, quia minus in conuenit tecedere à verbis Caij, quæ extra ius nostrum continentur, quam *Vlpia.* verba *in dict. §. si quis simpliciter, vers. cum adijcitur, & dict. §. si stipulanti* perperam interpretari, & facit tex. in *l. inter stipulantem in. §. si stipulate eod. tit.*

Collige etiam ex isto §. quod vbi mutatur qualitas alia omnino promissio est, ideo vitiari pro parte non potest, sed in nihilium, vel in totum valere debet, ex hoc dubia videtur opin. *D. Nauarri in addi. sui manual. in. cap. 28. supra capit. 12. in nume. 65.* volentis vt si quis vouerit Hie-
6 rosolymam adire genibus flexis si luserit, vel fornicatus fuerit. vel aliud aliquid fecerit, quod cum impossibile sit genibus tot miliaria percurrere, quod tenebitur eo modo, quo poterit ire, quod non videtur verum, quia non id promisit, id vero quod promisit impossibile est, & pro hoc est text in. *l. 3. in. §. qui ita stipulatur, in vers. quare. ff. de eo quod cert.* loco, vbi Vlpi. inquit, quare verum puto quod Iulia. ait, eum qui Romę stipulatur, hodie carthagini dari inutiliter stipulari, & in. *§. loca, insti. de inutilibus. stipulatio. & in l. fin. in §. si inter de ver. obli.* ideo qui in decem dies ex Hispania Hierosolymas visurum vouet, inutiliter vouet, & neque tempore congruo adire tenebitur, arg. contra *in l. celsus. ff. de arbitr.* ibi. Sed ipse recte putat duo esse arbitri præcepta, vnū pecuniam dari, aliud intra Kalendas dari, licet igitur in eo pœnam non committas, quod intra Kalendas dederis, quoniam pro te non stetit, tamen committis in eam partem, quod non das] fac. text. *in cap. cum dilect. de don. & contuma.* sed respondere possumus ex *Alberi. in dict. leg. Celsus*, quod ibi non fuit vitium ab initio, & in ea specie loquitur *Sanctus Thomas in secunda secunda, in quæst. 88. in artic. 3. in versic. ad secundum*, vbi inquit, quod si illud quodquis vouit, ex quacunque alia causa impossibile reddatur, debet hoc facere, quod in se est, & infra, sicut mulier quæ vouit virginitatem, si postea corrumpatur, debet seruare quod potest scilicet perpetuam continentiam, & declarat *Domin. de Soto, lib. 7. de iust. & iure. q. 2. artic. 1. ad secundum & ad primum.* Si enim fuisset impossibile ab initio totum vitiaretur, vt in *dict. l. 3.* Et ita opin. D. Nauar. vera non est, cum in voto ab initio vitium insit, & vide quæ tradit *Panormitan. in cap. 1. & in cap. per tuas extra de voto*, nam alia est promissio si qualitatem adimas, vt in. *l. 1. in. §. 1. ff. de edend.* ibi nam dies solutionis sicuti summa pars est stipulationis.] argum. contra in *l. in testamento quidem, de conditio & demonstrat.* Sed quid si Pontifex sub excommunicationis pœna iubeat Titium infra mensem Romę comparere ante ipsum, qui tamen eo tempore reperiatur ita infirmus, vt in termino comparere non possit, erit ne liber ab hoc præcepto, vel tempore post ea conuenienti comparere tenebitur? Quod verius est, quod videtur contra supradicta sol. cum Pontifex impedimenti tempore præcepti fuerit ignorans rem iustam & possibilem præcepit, ita non est vitium aliquod in præcepto, ideo cessante impedimento iuxta intentionem præcipientis, qui possibile præcepit remoto impedimento parere tenebitur, at in vouente secundum speciem propositam erat vitium ab initio, quod ineptitudinem, & indiscretionem vouentis ostendit, quod vitium non erat in præcipiente, vt dictum est, facit elegans tex. in *dicta l. in testamento*, quod valde notandum est.

CAPVT IV.

De interpretatione l. diem proferre in §. si plures, de arbitr.

SVMMARIVM.

1 *Petitis decem iudex potest in quinque condemnare.*
2 *Quæ dicatur affirmatiua, vel negatiua.*
3 *Sententia condemnatoria an sit affirmatiua vel negatiua.*
4 *Regula. l. 1. §. si stipulanti in titulo lucratiuo, non in oneroso locum habet.*
5 *De intellect. l. si pars iudicantium de inofficioss. testament.*

SI dicm quis à Titio petat, quæ eum promi- 1
sisse contendat, si de quinque tantum probetur, iudex in quinque cōdemnare potest, & debet, vt latè ostendimus in libello de reddi. ecclesia. in. 4. part. in ca. 6. in numer. 5. cum sequentib. licet id in arbitris verum esse, non in iudicibus *Aristoteles* arbitretur *in libro secundo Politico. in capit. 6.* qui etiam existimat si iudex à dictis decem absoluat decemque non debere pronuntiet, non esse reum absolutum in singulis ex decem, quia qui decem non debere pronuntiat nouem non dicit, non deberi, & ita de alijs singulis erit, quo fiet vt de decem, decem possint lites introduci, quod procuratores, non improbabunt, sed vt ibidem ego ostendi, licet in negatiua decem non deberi, non comprehendatur nouem, neque alia deinceps ex decem, tamen libelli ratio habenda est, qui affirmatiuè concipitur, cum decem deberi intenditur, nam & nouem, & alia vsque ad vnum in decem continentur, vt in *l. 1. in. §. si stipulanti. ff. de verbor. obligatio. &*

tio.& in.l.si quis cum totum in princip.ff. de exceptio.rei iudica. vbi *Vlpianus* inquit. Si quis cum totum petisset, partem petat: exceptio rei iudicatę nocet, nam pars in toto est, eadem enim res accipitur, & si pars petatur eius quod totum petitum est, neque interest in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel iure.] Ideo iudex, à decem eo modo quo petuntur, & ita à qualibet decem parte absoluere videtur, cum debeat referri sententia ad libellum, quia ex iure auctoris, qui affirmatiuè petiit, iudicium metiri debeamus, vt in *l.1.in.§.1.ff si pars hæredi.peta.* periculosum enim esset ex persona rei hoc metiri, cum si nouem debeat se condemnandum non esse diceret vt in *l.solemnus.ff.de iudi.& in. l. inter stipulantem in.§.si Stichum.ff.de verbo.obligatio.* ideo singula ex decem petisse interpretandum est, sic dicimus in pacto de non petendo 20. quia liberationem singulorum ex 20. continere videtur vt in *l.si vnus in.§.si cum decem.ff. de pact.*

2 His itaque constitutis videamus quid *Vlpianus in.l.dum proferre in §.si plures.ff. de arbitr.* in hac re statuat, si iudices in diuersis summis cōdemnet, cuius sententiæ sit standum, inquit, Si plures arbitri fuerint, & diuersas sententias dixerint, licebit sententię eorum non stari, sed si maior pars consentiat, ei stabitur, alioquin pœna committetur. Inde quæritur apud Iulianum, si ex tribus arbitris vnus in quindecim, alius in decem, tertius in quinque condemnent, cui sententiæ stetur? Et Iulianus scribit quinque deberi præstari, quia in hanc summam omnes cōsenserunt.] Ab hac Vlpiani sententia & Iuliani, quam etiam refert *Paulus in. l. inter pares in.§.si.de re iudicat.* non dissentire videtur. *Aristo.in lib. 2.poli.ca.6.* vt inquit, *Alciat.in li.9.parerg.in c.9.* sed mihi non adeo videtur *Aristol.* his consentire. Quin imò miror Iulianum, & Vlpianum hoc constituisse, quorum opinionem vt temperaret *Bonif. in.c.1.de arbitr. in lib. 6.* duram planè constitutionem edidit, si durior non esset Vlpiani, & Iuliani sententia, quam tex. ille in fi. probat, denique vult tex. quod licet si ex tribus iudicibus vnus condemnet in 15. alius in 10. alius in quinque, quia in quinque omnes cōcordant sententiam præualere, tamen si duo in decem, alius verò in quinque condemnet præualet sententia in decem, quia in decem maior pars concors est, quæ certè opinio durissima est, primo quia in priori specie in. 10. maior pars consensit, quia in. 15. condemnauit, ideo in decem concordasse videtur, rursus absurdum maximè est, vt quia vnus in plus condemnauit, scilicet in quindecim, quod ideo in minus sententia præualeat, quod omni rationi repugnat. & tex. *in l. Marcellus. ff. ad Trebel.* ibi, nam iniquissimum est plus ferre legatarium ideo, quia suspecta dicta est hæreditas, quam laturus esset, si spontè adita fuisset.]

Item Vlpiani sententia, siue Iuliani iniquissima videtur, finge. 20. fuisse petita in specie proposita, si dicimus illos, qui in minori summa cōdemnarunt, ab reliquis absoluisse, quod necesse est, vt sententia valeat, & in absolutione clarum est omnes in quinque tantum consensisse, ergo eadem ratione solum in quinque poterit dicere absolutum, erit ergo absolutus in 5. condemnatus in quinque ex concordi omnium sententia, in reliquis verò ex decem quinque duo eum condemnarunt, vnus autem absoluit, in alijs autem quinque supra decem duo absoluisse, & vnum condemnasse apparet, verius ergo est, si Mathematicam rationem sequi debeamus, vt non in quinque solum, sed in decem sententia media præualeat, in qua duo ex tribus arbitris consensisse manifestum est, si maioris partis sententia præferri debet, & ita constitutio Bonifacij optima est, vt in 10. sentētia teneat, sed adeo optima est, vt idem in specie Vlpiani constituēdum esset, licet Bonifacius eius sententiam probet, quia regula Vlpiani, vt in minori summa omnes concordasse videntur, vera est in affirmatiua puta, vt enim affirmatiua, vel negatiua dicatur non sonus verborum, sed res ipsa considerari debet, vt not. *glo.fin.in.l.fin. in.§.fin.ff.de dol. exceptio.glo in.l. 2. si seruus vendi. glo. in ver. actore, in cap.vn. vt eccles. benef. & in ca. si post quam de election.* facit tex. *in l. inter stipulantem in princip. de verbor. oblig. & in.l.vt fru.ff.si vsufruct.pe. & l.empt.actio.C.de euictio.* per *Bar.in.l.de etate.3.q.in.6. col.de minori.& in.l.si minorem C de in integ.restit.& in. l. 2.ff. de proba.& in.l.si ita scriptum, de manu test.* facit text. *c. in præsentia de proba.* not. *Abb. in cap. quoniam contra in 2.notabil.eod. tit. & in cap. constitutus de restit. spolia.* Tradit *Iason in.l. 2. in.§. item si in facto de verb. oblig. infra*, at sententia, quæ absolutionem, & condēnationem continet, non affirmatiua est pura, 3
sed partim affirmat, partim negat, in quo verum non est, in maiori summa inesse minorem, sed est verum, non inesse, cum ad priuationem maioris summæ non tollatur minor, & ita in absolutoria, de qua etiam agendum est, vt de tota causa, vt debent arbitri, iudicasse videantur, vt in *l. dicere sententiam. ff. de arbitris* ibi; nisi omnes controuersias finierit, non videtur dicta sententia,] Ergo verum esse non potest, vt in quinque tantum condemnatus, in reliquis absolutus communi arbitrorum iudicio sit.

Et hoc probatur expressè, quia vbicunque 4
est mixta obligatio, & non est ex vna tantum parte, vt in contractibus onerosis, quæ vtrinque obligant, non consistit voluntas in minori summa compræhensa in maiori, vt in *l. si decem in primo responso.ff.loca.* Ergo cum hæc sententia vtrinque respiciat, & condemnationem & absolutionem, dici non potest, vt omnes in minori summa concordasse videantur, item quis dicet sententiam lucratiuæ causæ naturam, & non potius onerosę sortiri? cum sententia potius declaret, cum pro veritate habeatur, quàm det, vt latius declarauimus, in libr. 3. selectar. interpretation. in cap. 1. in interpreta. *l. statu liberi, à cæteris, num.* 4. & in iudice maximè qui non liberalitatem exercet, neque exercere potest, facit tex. *in. l. 1. C. de bon. auth. iudi. poss.* Vt verum sit iudicem,

qui in 15. condemnat, nolle in minus reum teneri, ideo cum de voluntate iam constet, nihil amplius potest efficere protestatio, de qua in glo. fi. dict. c. 1. & ita ratio l. 1. §. si stipulanti, de verbor. obligat. & in l. an eo quod plus est, de regul. iur. solum in mere lucratiuo titulo vera erit, ideóque in sententia vera esse non poterit.

Denique si mathematicam rationem, & veram sequi velimus in specie Vlpiani, sine Iuliani in decem consensisse maiorem partem arbitrorum & in absoluendo & in condemnando verius est.

Cogitabam tamen si possemus Vlpiani responsum defendere, vt arbitrorum sententia nullam absolutionem continuerit, sed ita fuerit prolata, vt reus non possit 5. condemnationem excusare, si pars actoris hac sententia contenta fuerit, nec poterit reus causari iudices diuersas protulisse sententias, ideo nulli debere stari, nam si complaceat parti, cui fieret præiudiciũ, non potest alius hoc causari, nam si me in decem locare ego existimem, tu verò quinque cõducere, non potest causari dissensum, vt neque in quinque tenearis pro hoc. d. l. si decem. ff. locat. in 2. respons. facit tex. in l. in comprehensum. ff. de contrahend. emptio. ideo nisi quinque soluere velit pœna committetur, sed hæc excusatio Vlpiani, siue Iuliani non satisfacit, si eorum integra haberemus responsa & à Trteboniano non concisa, melius possemus de hac re iudicare, interim tamen vt iacet Vlpiani responsum malè defendi potest, & vid. ad istum tex. R. D. Episcop. Segobiens. in lib. 1. varia. resolutio. in c. 2. in numero. 6.

Denique vbi omnium consensus requiritur, nec sufficeret maioris partis verius est. in. 5. sententiam exequi posse, integrum tamen erit de aliis agere, cum in absolutione non sint concordes, ideo aliud iudicium erit expectandum, vt in l. duo iudices. ff. de re iudicat. & in hac specie forsan loquebatur Iulianus, de quo in dicta l. inter pares in fin. ff. de re iudicat. Et etiam verum erit quando duo tantum iudices essent fauore absolutionis, vt in dicta l. inter pares in versic. in aliis autem causis, & fac. ff. de inofficiof. testamento. in l. si pars iudicantium, sed leges illæ in arbitro locum non habent, & Iulianus loquitur de tribus iudicibus in specie, quam proponit Vlpianus, in qua, qua ratione id potuisset statui, ego non intelligo, forsan Iuliani sententia in arbitris tantum procedet, non vt in aliis absolutus reus censeatur, sed vt si illi sententiæ non pareat reus, pœna committatur, nullam enim aliam vim, aut potestatem arbitrorum sententia continet etiam excipiendo, vt in l. 2. ff. de arbitr.

Sed hoc non tollit difficultatem, quia si in aliis non est dicta sententia, nihil egisse verius est, vt supra dictum est, & licet vt Aristoteles. in lib. 1. artis. rethori. inquit, arbiter æquum intueatur, Iudex verò legem, tamen neque æquum hoc est, neque iustum.

Item ius ciuile quo vtimur ita æquitatem amplectitur, & arbitri, & Iudices in hoc non differunt, argumen. tex. in l. 1. ff. de arbitr. ex quo intelliges ea, quæ circa Aristotelem diximus, in libro de redditi. eccle siast. in par. 3. in cap. 6. quia olim apud Aristotelem, & Ciceronem etiam, vt ibi ostendimus erat distinctio inter arbitria, & iudicia, hodie vero non item, & ex his forsan intelliges id quod nunquam intellexisti quare dicatur arbitrium pro socio, arbitrium tutelæ, quia in his iudiciis adeo bona fides exuberat, vt iudex non summo iure vt index: sed & secundum æquitatem, vt arbiter, procedere poterat & debeat, ideo iudicia illarum actionum arbitria dicebantur. Sed hodie vt in dict. le. 1. redacta sunt arbitria ad instar iudiciorum, & per cõtrarium, licet in bonæ fidei iudiciis adhuc aliquid peculiare remaneat, vt ex notatis in tit. de eo quod cert. loc. apparet, & in materia vsurarum, vt in l. in bonæ fidei. C. de vsur. vid. Cicer. officio. lib. 3. vbi de his bonæ fidei iudiciis elegantissimè disserit. & nos diximus in lib. in. 3. cap. 3. per totum.

CAPVT V.

Quando vtile per vtile, vitietur vel non vitietur. ad. l. 1. in §. stipulanti. ff. de verb. obliga.

SVMMARIVM.

1. *Quando vtile per inutile non vitietur.*
2. *In onerosis vtile per inutile vitiatur.*
3. *Secus in lucratiuis si habeat terminos in quibus possit consistere.*
4. *Donatio omnium bonorum quando valeat vel quatenus.*

IVXTA permissa etiam incidit quæstio vulgata, sed non satis explicata, quando in materia diuisibili, vel diuidua, vtile per inutile vitietur, vt in leg. 1. in §. si stipulanti, de verborum obliga. & in leg. sancimus. C. de donationib. vbi donatio facta vltra quingentos solidos non insinuata valet, quoad quingentos, in quibus poterat fieri donatio, vt in dicta leg. Sed in his plures quæstiones sunt controuersiæ, quid si quis donet bona præsentia, & futura, cum in omnibus non valeat, an sustineatur quo ad præsentia, an locatio facta in beneficiis vltra triennium sustineantur quo ad triennium, an emphyteosis quę non potuit dari vltra. 3. generationem sustineatur, quo ad illas. 3. generationes, & an sententia lata vltra quantitatem, in qua iudex habebat iurisdictionem, sustineatur pro parte legitima, & mille similia possunt in quæstionem adduci, in quo in primis illud aduertendum est, longam esse differentiam inter cõtractus, qui causam onerosam habent, & inter eos, qui lucratiuam, nam in illis, qui causam onerosam habent, si ex modo contrahendi non apparet diuisim etiam contracturos, contractus non diuidetur: exempli gratia, rem ad decennium locaui, in qua primis annis 1

annis fortè magria impenſa ſit facienda, ita vt
ſine dubio primis annis perditurus ſim, cuius
damni compenſatio ex ſequentibus annis veri-
ſimilis ſit, nunquam hic contractus diuidi po-
terit, ſed vel totus vtilis vel inutilis totus cenſe-
bitur, vt *ff. de edi. edi. in l. tum eiuſdem arg. ff. de actio
empti. in l. ſi duorum*, facit *l. decem ff. loca.* Et quæ po-
nit *Bar. in. §. ſi ſtipulanti. ſupra allegat.* & quæ dixi-
mus circa *l. diem proferre, in. § ſi plures. ff. de arbit.* niſi
diuiſim fiant cum in *d. l. c. vt eiuſdem*, in lucrati-
uis verò cauſis, quibus hæc cadere coniectura
non poteſt, cum quis centum dat, ſemper 50.
dediſſe videtur, vt in *dicta l. ſancimus*, contraria
2 regula eſt, vt diuiſionem accipiat actus, & vtile
3 per inutile non vitietur, quando recipit termi-
nos, quibus conſiſtere poſſit diuiſio, quod ſi
non poſſit, à prioritate ſumetur prælatio, vt ff.
qui & à quibus, in l. ſi quis habens, quem tex. valde
nota. & vide tex. *in l. qui ſoluenda. ff. de heredi. inſti.*
& tex. nota in *l. ſi libertus minorem in. §. ſi quis plu-
res. ff. de iure patrona.* ex quibus decides an emphy-
teoſis conceſſa vltra tempora, vel generationes
permiſſas, vt conſiſtat in permiſſis, quod indu-
bitabile eſt, cum terminos habeat diſtinctos, in
quibus conſiſtere poſſit, vl. mod. *in aut. quirem.
C. de ſacroſ. eccleſ.* fac. *ff. de vulga. & pupil. l. in pupillari*,
vbi eſt expreſſum, & in *l. cum quidam, & in l. vſu-
ras, & in l. placuit. ff. de vſuris, & in. §. ii qui exequitur
mand. & in l. ſi mater. C. de inoffi. donat.*
4 Sic donatio omnium bonorum præſentium,
& futurorum conſiſtet quo ad bona præſentia,
quia habet diſtinctos terminos, imò diſtinctas
donationes, alteram puram, alteram ſub condi-
tione vt in *l. 1. ff. de condi. & demonſtr.* niſi malis
omnium bonorum præſentium donationem
quaſi profuſam & indiſcretam liberalitatem,
vel potius prodigalitatem à iure reprobari, cum
etiam ſi non omnium bonorum fiat, donans de-
ducto ne egeat ſolummodo poſſit conueniri. ff.
*de reg. iur. in l. diuus Pius, & ff. de re iudi. in l. ſunt qui in
id, cum ſequen.* & apertè quem pro dignum eſſe
oſtendat, nec lex eſt, quæ talem donationem
permittat, imò ex mente legum reprobanda
eſt, ne nudus quis ex ſua liberalitate conſtitua-
tur, ſed ſi opinio doctorum ſequamur, quod
quis omnia bona præſentia donare poſſit ſepa-
ratim ſola, tunc ſi cum donatione futurorum
coniungatur, vt quis omnia bona ſua præſen-
tia, & futura donet, verius erit valere quod ad
præſentia bona, cùm vt dictum eſt vtile per inu-
tile non vitietur, cum ſint termini quibus con-
ſiſtere vtile poſſit, & diuiſionem, & ſeparatio-
nem recipiant, & quod fiat dicta diſtinctio, an
ſint termini quibus conſiſtere poſſit vel non
probatur. ff. *de aqua quot. & æſti. in l. 1. in. §. Treba-
tius in verſi. Marcellus.* vbi ponitur ratio ſupradi-
ctorum, hodie autem per leges regni noſtri, ne-
que omnium bonorum præſentium valet do-
natio, ſed an valeat ſi vſusfructus eorum reſer-
uetur, huius quæſtionis non videtur eſſe neceſ-
ſaria longa diſcuſſio, quia ſi vſus fructus in bo-
nis noſtris ſit, cum & pars dominij dicatur ve-
rum erit aliquid ex bonis ſibi remanſiſſe, imò
vnam patrem ex duobus, ex quibus omne ius
conſtituitur, nam proprietas, & vſus fructus
ſunt partes integrales dominij, quinimò ſi ad
æſtimationem deueniatur quorundam bono-
rum non longè minoris pretij erit vſus fructus,
quam nuda proprietas, vt mirer, *Reuerend. Epiſcop.
Segobi. lib. 3. variarum reſol. in c. 12.* defendere velle
donationem omnium bonorum præſentium
retento vſu fructu inualidam eſſe quem merito
reprob. *Ludo. Moli. in lib. 2. de Hiſpano. primigen. in c.
10. in num. 22.* & tota hęc reſolutio videtur pro-
bari in *l. ſi non fortem in. §. ſi centum. ff. de condictio.
indebi. & in l. cum eiuſdem. & in l. ſi plura. ff. de ædilit.
edict. & in leg. penultima*, & quę diximus in *l. 1. in
§. ſi ſtipulanti circa finem, de verborum obligationibus*,
ſupra iſto libro.

CAPVT VI.

Quare dolus vitiet contractus bonę fidei,
non metus.

SVMMARIVM.

1 *In metu ineſt dolus.*
2 *Sed quare metus non tollit conſenſum vt dolus.*
3 *Quando metus vitiet.*

DOLVS dans cauſam contractui bonæ fi- 1
dei efficit eum nullum, non autem metus,
vt *Bar. & alij* interpretantur *in. l. eleganter. ff. de do-
lo, &* probatur in *l. ſi mulier, in. §. ſi metu coactus ff.
quod met. cauſ.* cum nihil conſenſui tam contra-
rium eſt, qui bonæ fidei iudicia ſuſtinet, quam-
uis æquè metus, quem comprobare contra bo-
nos mores eſt. vt inquit *Vlpianus in l. nihil. ff. de
reg. iur.* Sed quo pacto id verum eſſe poterit,
cum in metu dolus inſit? vt in *l. ſi cum exceptione,
in. §. eum qui. ff. quod met. cauſ.* ergo metus ratione
doli vitiabit ſemper, Doctores non ſatis hoc in-
terpretantur, ſed poteſt reſponderi, quòd inſit
dolus ex parte inferentis metum, non verò in
patiente, quia ſciens, prudénſque compulſus
conſentit, & ideo deceptionem non eſt paſſus,
vel poteſt dicere dolum ineſſe in metu, ſicut in
omnibus delictis ineſt dolus in homicidio, in a-
dulterio, & reliq. vt in *l. in l. Corne. ff. ad l. Corne. de
ſicar.* prout dolus capitur pro eo, quod mala fi-
de, & animo perpetratur, non tamen in metu
ineſt dolus, prout deceptionem ſignificat: vt in
contractibus ſumitur, denique in vi, & metu
ineſt dolus, qualis ſolet eſſe in delictis, non ve-
rò dolus, qui circumuentionem ſignificat, qua-
lis in contractibus cadere ſolet, ideo dolus tol-
lit conſenſum, qualis in bonæ fidei contracti- 2
bus requiritur, non autem metus, qui ſimplici-
ter non tollit conſenſum, vt optimè poſt Ariſto.
docet *S. Thom. in 4. ſententia. in quæſt. 29. in arti. 1.* 3
& nos latè in iſto libro circa *l. falſus, in §. ſi tactum,
de furtis*, & ita reſpondetur ad dicta l. nihil quod
eſt cōtrariū cōſenſui, ſed non tollit conſenſum.

In

In dote verò, licet ante Iustinianum stricti iuris potius fuerit, metus vitiat, vt in *dicta l. si mulier in. § si dos*, fortè quia matrimonij in hoc sortitur naturam, quod vitiat metus vt *extrau. de sponsalib. C. cum locum & in l. si patre cogente. ff de ritu nuptia.* sic & prorogatio iurisdictionis metu facta nulla est, vt *in l. 2. ff. de iudi. &* etiam mandatum metu concessum nullum est ipso iure, vt latè deduximus in nostro libello de redditibus ecclesiasti. in 1. par. in ca. 4. in num. 6. cum sequentib. vbi optimas rationes adduximus, quas nemo alius scribentium considerauit, ex quibus vna proderit, vt matrimonium iure ciuili per metum contractum nullum sit, quia scilicet voluntate eius qui contraxit rescindi potest, misso scilicet repudio, vt *ff. de diuor. per tot.* at cum iure canonico id non liceat ratio alia quęrenda est scilicet, quam *S. Thomas* ponit, quia matrimonium perpetuum est & rescindi per restitutionem in integrum non potest, sicut alij, contractus qui metu trahuntur, ideo libera voluntas requiritur ad actum perpetuum secundum eũ, vel potius quia actus, qui mutari non potest, vitiatur à principio si incidat id, quod si retractabile esset, efficeret, vt retractaretur. ideoque manumissio per metum facta, nõ tribuet libertatem, quia si semel competeret, retractari non posset, vt in *§. semel instit. de quib. ex caus. manu. non licet*, melius *in l. cum proponas. C. de dolo*, facit tex. arguendo de parte rei ad partem temporis, in *l. cum amplius. ff. de regul. iur.* vbi totum repetitur, quando pars indebita separari non potest.

CAPVT VII.

De interpretatione l. his solis. C. de reuocand. donatio. & quando hypotheca alienationis appellatione comprehendatur.

SVMMARIVM.

1 *Alienationis verbo quod contineatur.*
2 *Ex ingratitudine reuocatur donata res etiam hypothecata in praeiudicium creditoris secundum Alber. sed infra reprobatur.*
3 *Quod recipit alienationem recipit Hypothecam.*
4 *Interpretatio l. lex vectigali de pignoribus.*
5 *Intellect. l. in quorum de pignor.*
6 *Intellect. l. si pupillorum in. §. si prator. ff. de rebus eorum.*
7 *Permissa venditione à principe rei maioratus an liceat pignorare.*
8 *Regula cui plus licet quomodo intelligatur.*
9 *Intellect. dict. l. his solis de reuoc. donatio.*
10 *An donans reuocans donationem teneatur stare colono donatarij.*

IN lib. 3. harum interpreta. in cap. 2. per totũ, maximè in numero 13. & 14. latius explicanimus, vtrum emptionis verbo omnis alienatio comprehendatur, vel ex vi verbi, vel ex rationis similitudine, & constituimus regulas certas, ex quibus declarantur multa, quæ recentiores inuoluunt, latè de ea re scribit optimè *Pinel. in l. 2.* 1
C. de rescindend. vendi. in 2. parte in c. 1. in nu. 10. cum sequent. nunc per contrarium videamus alienationis verbo quid comprehendatur, & licet hoc nõ videatur esse in difficili, cum expressum sit in *l. fin. C. de reb. alien. nõ alienan.* vbi tex. inquit, Sancimus siue lex alienationem prohibuerit, siue testator hoc fecerit, siue pactio contrahentium hoc admiserit: non solum dominij alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed & vsus fructus dationem vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi,] Non tamen desunt qui hanc rem vocẽt in controuersiam, imò contrarium constituant, neque mirandum esset, si recẽtiores solum hoc auderent, sed quod id faciat *Albert. in l. his solis, C.*
de reuoc. donation. qui declarans l. illam, quæ ex 2
ingratitudine permittit reuocare donationem rebus apud donatarium existentibus, non autẽ si sint ante litem alienatę; inquit enim cæterum ea, quę adhuc matre pacifica iure perfecta sunt, & ante inchoatum, cæptumq́ue iurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisq́ue causis legitimè alienata, minimè renocamus.] vt id quo ad pignus locum non habeat, vel hypothecam, quinimò pignus vel hypotheca legitimè in re donata imposita resoluatur ex ingratitudine donatarij quod de hac alienatione non intelligatur ille tex. sed de illa per quam dominium transferatur per *l. 1. C. de fund. dota.* & ita resoluatur hypotheca ex ingratitudine donatarij. argu. *l. 3. quib. mod. pignus vel hypoth. soluitur, & l. lex vectigal. ff. de pigno. & l. si ex duobus in. § fin. ff. de in diem addictio. cum alijs per Alberic. allegat.* cuius opinionem secuti sunt multi ex recentioribus *Ripa in l. in l. fin. in q. 2 C. de reuocan. donat. & Tiraquel. in l. si vnquam in ver. reuertatur in num.* 172. & refert *Arias Pinel. in dicta l. 2. in 2. par. in cap. 19. in num* 19. qui eos sequi. *C. de rescin. vendi.* Sed certè hæc opinio falsa est & contra notissima iuris principia, & rectè eam reprehendit *glo. consuetud. Paris. in §. 22. in nu. 57. & in §. 30. nu. 85.* quem *Pinel* refert, nam d. opinio Alberici est contra *dict. legem, his solis* iuncta dicta l. si. maximè quia si, ne fiat præiudicium tertio re alienata non fit reuocatio, quare pignus in quo ius reale tertio constituitur, reuocabitur? nam licet dominium ex pignore vel hypotheca non transferatur, est tamen ius in re constitutum, ex quo alienatio fieri permittitur, nisi debitum soluatur, ideo alienatio necessaria censetur, vt in *l. si pupillorum in §. si pupillus. ff. de rebu. eor.* & non est casus in iure, in quo si alienatio valeat, ius pignoris saluus non
sit. nam quod emptionem venditionemq́ue re- 3
cipit, etiam pignorationem potest recipere,] vt inquit *Caius in l. sed & quod, in §. 1. ff. de pignor. & Paul. in l. si conuenerit 2. in §. fin. ff. de pigno actio.* Neque casus in quo si alienari non liceat, pignus possit constitui, quando hoc simpliciter prohibetur, vel permittitur, & non ratione certi effe-
ctus,

ctus, vel personæ acquirere volentis, vt statim dicemus, & ita non obstat tex. in *l. lex vectigali ff.*
4 *de pignorib. & l. 3 ff. quib. mod. pig. vel hypothec. soluitur*: nam ibi resoluitur ius pignoris quin etiam resolueretur venditio, si fuisset facta de ea re, ideo idem iuris est in pignore non diuersum: licet contrarium velit *Albericus*: quando autem resoluatur contractus, & quare ex resolutione iuris dantis colligetur ex magistrali Doctrina *Bar. in l. in diem. ff. de aqua pluuia. arcen.* quę singularis, & verissima est. Addendo tamen vltimo casui Bar. declarationem ex *dict. l. his solis*, quod vbi ex facto non directo ad id ex intentione facientis resoluto iure dantis resoluatur ius etiam accipientis, per *l. lex vectigali procedat*, vbi id ex conuentione expressa prouenit, vel etiam tacita, quæ ex natura rei oritur: secus verò si non ex natura rei, sed ex accidenti: nam quod res emphiteutica, vel vectigalis non soluto canone redeat ad dominum, & cadat in commissum natura ipsius rei est, cùm ad id fiat contractus ille, vt canon soluatur, futurúmque contractus respicit, quod successionem habet, at in donatione nulla est conuentio, neque tacita, neque expressa, neque finis rei est, vt aliquid fiat, vel non fiat, neque futurum quid respicit, sed solo contractu, vnoque actu residet, & principium, & finis: ideo quod ingratitudo superueniat vltra id quod actum est, non contra id, est. Et hæc potest esse vera solutio sed clarior & subtilior *addict. lege his solis* potest adaptari, vt distinguatur inter conuentionem tacitam, & expressam, vt expressa semper resoluat ius accipientis, vt *in d. lis legibus de in diem addictio. & in pacto l. commissoria cum Bar.* in tacita verò conuentione inducta à l. distinguitur vtrum habeat ius in re ille, qui eam ex resolutione petit, vel non, vt in priori specie resolutio noceat etiam tertio, cum quo contractum ab initio non est, vt *in dicta l. lex vectigali* ibi enim ratione directi dominij hoc iure vti potest dominus vectigalis, & hoc ex natura actionis prouenit, cum realis actio quemlibet possessorem sequi soleat: secus in personali de qua loquitur *dicta lege his solis*, quod est valde notandum pro interpretatione illius legis, de qua multa alias diximus vltra doctores *in l. Gallus, in §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthu.* & hæc est vera resolutio, vt non fiat distinctio inter hypothecam, & alias alienationes: non obstat quod dicitur in *l. 1. Codice de fundo. dotal.* est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur:] quia affirmatiua est illa regula, non negatiua, neque enim verum est, non transfertur dominium, ergo non est alienatio, nam sufficit quod transferatur ius in re, vt in dicta l. fi. quinimo ex hypotheca, licet dominium non transferatur, tamen datur facultas dominium transferendi, vt in *dicta lege si pupillorum, & in §. contra autem, instit. quibus mo. aliena.*
5 *licet vel non.* Non obstat omnibus supradictis, tex. in *leg. in quorum, de pigno.* vbi prohibita alienatione, non prohibetur hypotheca. dicit enim *ibi Modestinus*, in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur: nam ille textus secundum Bar. non loquitur in re prohibita acquirere perpetuo, & verum est pignus, vel hypothecam non esse acquisitionem perpetuam, nam in eo duo possunt considerari. Primum est ius in re ex parte creditoris. Secundum est amissio dominij ex parte illius, cuius est pignus, ius inre constituitur statim, amissio autem dominij est in potentia propinqua, sed non quæritur illud dominium creditori, mò expressè dominium prohibetur acquirere, cùm neque cum venditur pignus, id creditor emere possit. vt *in lege & qui sub imagine, Codice de distractio. pignor.* Cum concordant. allegatis in glo. & ita apparet clara huius puncti resolutio.

Sed vt nihil in hac re omittamus videtur quod regula supradicta per nos posita destruatur. Quia non est verum idem iuris esse de pignore, quod de venditione quantum ad rei alienationem: Nam videmus permissa pupillo venditione rei per iudicem decreto interposito, non posse pignori obligari, vt in *l. si pupillorum in §. si prætor. ff. de reb. eorum.* vbi inquit *Vlpianus*, Si prætor tutoribus permiserit vendere, & illi obligauerint, vel contra: an valeat quod actum est? & mea fert opinio eum, qui aliud fecit, quàm quod à prætore decretum est, nihil egisse.] Sed huic tex. non est difficilis responsio, non enim loquitur ille tex. de alienatione, sed de venditione, quæ species est alienationis, & ita species ibi permissa est, non genus, at supra loqui sumus quando de genere tex. loquitur, & licet aliquando venditionis verbo, omnis alienatio soleat comprehendi, vt in *l statu liberi à cateris, in. §. Quintus Mutius. ff. de statu libe.* tamen id verum est, quando tex. respicit effectum, non modum, vt latius diximus in *dicto c. 2.* ideo in decreto iudicis, cui specierum disputatio concessa est, neque generice procedere debet verbum venditionis non poterit ad aliam speciem alienationis pertinere, vt in *dict. § si prætor.* imò malè faceret iudex, qui alienationem in genere rei minoris permitteret tutori vt in *eod. §. in versicul. quid ergo*, vbi inquit, Quid ergo si Prętor ita decreuerit: vendere obligaréve permitto: an possit liberum arbitrium habere quid faciat? & magis est vt possit, dummodò sciamus Prætorem non rectè partibus suis functum, debuit enim ipse statuere & eligere, vtrum magis obligare, an vendere permittat.] Nam facti quæstio in existimatione iudicis est, vt inquit *Papinianus*, & nos latè deduximus in li. 1. in c. t. facta autem circa indiuidua, non circa genera, versantur, vt natura docet, & nos alibi ostendimus in *l. Meuius in §. duobus de lega. 2. & in lib. 2. in c 5.* & ita quæstiones illæ de alienatione venditione, vel hypotheca cadere possunt in genere, non autem in hac, vel illa emptione, vel hypotheca. Ex quo difficile videtur id quod *D. Ludouicus Molina* respondet *in lib. 2. de Hispano primogen. in lib. 4. in c. 5. in num. 15.* 7
dicens

dicens permissa à principe venditione rei maioratus licere hypothecæ subiicere, quod id vtilius sit maioratui, & quod venditionis verbum in materia etiam exorbitanti omnem alienationem comprehendere soleat, & quod cui licet quod plus est, licere debeat quod est minus, & ex aliis vulgaribus regulis ad dictum. §. si prætor multa respondet, & quod loquatur in decreto iudicis, & quod in concessione data administratori non domino, & quod potest esse ibi maior vtilitas in venditione, quam in pignore, quod non est in maioratu, certè *dominus Ludouicus Molina*, in sua opinione rectè dicit: sed res maiorem disquisitionem requirit, cum & principis decretum sit, sicut & iudicis: nam neque si vtilius esset minori, sicut & in maioratu est, efficeret vt pignus teneret: nam vtilitas minoris non sufficit, vt actus valeat, si solemnitas decreti deficiat, vt nos latissimè diximus, in lib. de reddit. ecclesiast. in 1. par. in ca. 2. per tot. ideo opus est huius rei iugulum petere, & argumen-
8 ti illius vim, cui licet quod plus est, intelligere, in quo vt diximus latè in *l. in suis in nu. 14. de liber. & posthu.* vbicunque in illo pluri comprehenditur minus, semper cui plus est licet, licebit & minus, si adulterum occidere potest, poterit & vulnerare: quia in occisione vulnus inest, non tamen licet eum bonis spoliare, licet minus sit, quia spolium sub occisione non conprehenditur, promitto tibi mille aureos, ergo centum, bona est consequentia, ergo equum, qui valet quinquaginta aureos, quod minus est, non est bona consequentia, & licet teplices dedisset equum, qui mille aureos dedit, ergo falsa est hæc consequentia, quia quod dedit quærimus, non quid dedisset, alioquin non voluntates hominum sectaremur, sed corrigeremus, & non esset dominus moderator rerum suarum, sed philosophus, vel sophista potius importunus, sic in specie proposita, si datur facultas vendendi rem maioratus, hoc amittere rem omnino significat vt amplius non sit in maioratu vtilitate eius spreta: ideo si possum rem vendere, possum partem rei vendere, ergo & hypothecæ subiicere, quæ non in totum rem perdit, sed partem facit tex. elegans in *l. iurisgentium, in §. adeo. ff. de pac. facil. cui ius est donandi. ff. de regul. iur.* nam qui dominij dispositionem concedit, ergo & hypotecæ, quia & in dominij iure venit posse pignori dare, vt in *l. fructus. ff. de regu. iur. & in l. si. ff. de vsuris*, & in permissione alienationis rei maioratus non sola vtilitas alienantis attenditur, sed quod fiat cum minori damno successoris ideo id quod minus est, eligi potest licet sit minus vtile alienanti, facit tex. in *l. si ita stipulatio. ff. de oper. liber.* cum his quæ diximus in *l. gallus, in prin. nu. 45. cum sequentib.* & ita intelligi debet text. *in leg. sicut in §. venditionis, quib. mod. pign. vel hypot. solui.* non sic in minore cui venditio à prætore permittitur: non enim vt rem amittat hoc agitur, sed vt vtilitatem consequatur illius actus, qui ei à prætore permittitur in ea specie cum causæ cognitione: ideo non potest ad aliam speciem trahi, quæ licet in abstracto soleat esse vtilior, tamen in ea specie posset esse damnosior, vi. §. *sed si permiserit. in d. l. sicut*, ideo neque permissa vēditione rei cum decreto partem rei vendere poterit, sed totam, quia in communionem incideret, quod vtile non est, vt in *l. si non sortem, in §. si centum. ff. de condict. indeb.* quia non valet æstimatio partis, tantum diuisim, quantum coniunctim, vt in *l. Maeuius, §. fin. ff. famil. hercis. & in l. Maeuius in §. in fundo de legat. 2.* item quia neque par- 9
te totum debitum dissoluitur, vel si dissoluitur, quare alia res minoris non venditur? vel potius vt à sophista euadamus. quia horum argumentorum disquisitio ad solum prætorem, qui decretum interponit, pertinet, vt in *l. cum hi, in §. si cui in fi. de trans. ff.* & ita intelliges quando permissa venditione hypoth. cēseatur permissa.

Notandum tamen est circa supra dicta, quòd licet verum sit, vt diximus contra Alberi. quod *dicta l. his solis*, quæ alienata non reuocat ex ingratitudine habeat locum etiam quoad hypothecam, quæ alienationis verbo comprehenditur, tamen id verum est, ne fiat præiudicium creditori, qui ius in re ex pignore, vel hypotheca acquisiuit, sed respectu debitoris ingrati verum erit donationem rei hypothecæ subiectæ reuocari, scilicet vt saluo iure pignoris in potestate luendi, soluendo debitum succedat donator: quia quoad ius, quod remansit apud debitorem, res alienata non est, & quicquid apud donatarium reperitur ex ingratitudine reuocatur, reperitur autem dominium, quare ergo quo ad id donatio non reuocabitur? ideo quoad eum alienatum non propriè dicitur, quod adhuc in dominio eius manet, argu. *l. alienatum, ff. de verbor significatione.* lex enim his solis prospicit, ne tertio in iure sibi quæsito ex reuocatione fiat præiudicium, non autem apud ingratum donatarium rem donatam, vel eius dominium voluit remanere: nam quæstio pignoris ab intentione domini separatur, vt in *l. 1. in §. cum prædium, ff. de pignorib.* & in confiscatione, vel commisso venit res, quatenus illius est, qui delinquit, vt in *l. Statius Florus. in § Cornelio Felici, ff. de iure fisci.* tex. in *l. peto, in §. prædium de leg. 2.* bonus tex. in *l. Marcellus, in §. fin. ff. ad Trebellia & in l. via constitui, in §. fundus. ff. de seruituti. rustico.* nam quare non cum sua causa reuocabitur res donata, vel cum onere legitimè imposito? onus enim rei hoc non impedit, vt ibi & in *l. cum in secundis tabul. in. §. fina. ff. de his quib. vt indig.* & ita si fundus pignoratus ob ingratitudinem debitoris reuocetur à donante cum sua causa pignoris reuocabitur donatio vt argu. *l. si conuenerit in. §. si fundus ff. de pignorati. actio.* si enim cum sua causa alienare potest debitor, quare delinquendo idem efficere non poterit? Alioquin si partem alienasset, impediretur in totum reuocatio, & pars rei apud ingratum remaneret, quod nemo diceret, neque tex. hoc voluit, imo regulæ iuris contradicunt, vt *in lege qui scit in versicul. & quemad-*

modum

modum ff.de vsur. optimus text. quem glos. ibi allegat in *l. si duo in fin. ff. de administrat. tutor.* facit text. in *l. item veniunt in §. ait senatus de petitio. hæredit.* optimus text. *in l. fin. ff. de aliena. iudi. mutand. cau. fact.* & falsum est quo ad eam partem, quę apud donatarium rem alienatam esse, & ita alienata hactenus quatenus alienata non sunt non reuocantur, sed quatenus alienata sunt: sed re hypothecata dominium cum sua causa, vel onere reuocabitur, facit tex. in *l. plane. 1. in §. quod si rem in fi. ff. de legat. 1.* ibi, nã hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum præstaturus: Denique quicquid iuris fuerit apud ingratum, reuocabitur, quicquid vero apud tertium, illæsum remanebit per *dictam l. his solis*, ex quo puto defendi posse donatorem reuocãtem ex dicta ingratitudine debere stare colono donatarij ingrati, licet successor particularis etiam ex titulo lucratiuo non teneatur, vt in *l. qui fundum ff. locat.* & in, nihil proponitur in *§. fin. de lega. 1.* quod est verbum singulare, cogita. multum facit quod hæc actio adeo personalis sit, & adeo tertio non noceat, vt neque in hæredem ipsius ingrati detur, vt in eadem *l. his solis*, nimirum si neque conductorem vti sibi re locata impediat, licet re publicata fisus non teneatur stare colono, vt in *l. si fundus ff. locat.* quod mirabile est, cũ vbi ex causa non pœnali rem recuperat, teneatur stare colono, vt in *l. si. ff. de iure fisci in. §. pen.* sed ratio est, quia ibi tenetetur locatori ad id, quod interest: ideo ob hãc causam tenetur stare colono, quod cessat in *dict. l. si fundus, quod* nota. vnũ adde quod qui succedit iudicis auctoritate missus in possessionem tenetur stare colono vt in *l. in venditione in §. 1. ff. de bono. auth. iudic. possiden* & an successor in maioratu, teneatur stare colono dicemus in *l. vnum ex familia in § si de falcidia in nu. 6. de lega. 2.*

CAPVT VIII.

De interpretatione l. 4. in §. 1. de condictio. ob turp. caus.

Svmmarivm.

1 *Notatur Vlpianus qui aliquando dormitauit vt bonus homerus.*
2 *Meretrici ex turpi causa non datur actio contra aliquos.*
3 *Vera ratio quare meretrix non turpiter accipiat.*

1 Licet Vlpiani elegans ingenium, dicendiq; facilitas semper maxime placuerit, tamen, vt in sequentibus ostendemus, quandoque, vt bonus dormitat Homerus, nam & quędam ipsius ratio, quam se inuenisse gloriatur in *l. 4. in §. sed quod meretrici. ff. de condict. ob turp. cau. suspecta*, & vana mihi semper visa est, & melior aliorum iuris consultorum, quam ipse reprobare videtur, inquit enim, sed & quod meretrici datur, repeti non potest, vt labeo, & Marcellus scribunt, sed noua ratione, non ea, quod vtriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, sed non turpiter accipere, cùm sit meretrix.] Nam si seiungas dationem à causa idem erit in quolibet maleficio, vt si Assasino ob homicidium pecuniam des, dationemque seiungas à turpi causa, quod fieri non potest, iure pecuniam accipiet, licet enim turpiter fecerit occidendo, sed non turpiter facit in accipiendo pecunias, neque enim turpitudo in acceptione versatur, sed in causa: si vero non seiungas, vt seiungi non debet causa, ob quam meretrix accipit, turpis est, turpe enim est esse meretricẽ, quod esse meretricẽ est corpus suũ vulgare ob pecuniã, turpitudo ergo nõ potest seiungi, cum causa sit dationis pecuniæ, vt in *l. si plagij ff. de ver. obli.* vbi *Papi.* inquit, si plagij faciẽdi vel facti causa cõcepta sit stipulatio, ab initio non valet,] facit text. in *l. si gratuitam in §. fin. ff. de præscriptis. verb.* denique si turpiter facit, cum sit meretrix, turpiter faciet exercendo meretricium, alioquin dicemus turpiter facit quis, si paratus sit dare ad vsuram, at cum exerceat vsuras publicè non turpiter facit recipiendo vltra sortem, & turpiter quis homicidium perpetratur, sed nõ turpiter sui turpis laboris mercedem accipit, vt in meretrice, quod sane ridiculum est, igitur defendi non potest, vt causa turpis sit, & acceptio ob eam causam non sit turpis, neque enim fieri natura potest, vt affectus separetur à causa, vid. quæ diximus in capit. 11. in numero 3. cum sequentibus in l. 1. hatum interpret. & libr. 7. infra, in capit. 4. numero 8.

Sed *Vlpianus* non actionem meretrici, sed retentionem concedit, vt mirandum sit aliquos ex theologis & ex nostris canonistis, etiam meretrici actionem concedere, vt harum turpitudinum iudicia exerceantur: nam quæ actio dabitur ex promissione ob turpem causam: Rursus si actio detur, nonne Vlpianus hoc dixisset, qui dubitationem de retentione remouit, vana esset dubitatio de exceptione, si actionem competere verum esset, vt in *l. inuitum in §. cui damus de reg. iur.* 2

Rursus ridiculum est quod ipsi disputant de vendibilitate materiæ in meretrice vt refert *D. Episcopus Segobi. in reg. peccatum. in 2. part. relectio. in §. 2. in 1. col. & sequent.* quid enim attinet de vendibilitate tractare: quælibet enim causa vel conditio, quæ turpis non sit, in contractum deduci potest sine vendibilitatis inepta ratione, si rex Parthorum viuit, centum promitto, quę vendibilitas in vita Parthorum Regis vt omnes contractus ineptè ad vendibilem materiam referantur.

Sed his omissis ad Vlpianũ redeamus cuius ratio (vt dixi.) placere non potest, sed ea ratione

meretrici pecunia data non repetitur, quæ antiquis iurisconsultis placuit, quod vtriusq; turpitudo versetur, & dantis & accipientis, quæ contraria est Vlpiani sententiæ, qui voluit non turpiter accipere meretricem, vel noua nostra ratione, quod licet turpitudo in accipiente versetur, versatur tamen ea turpitudo, quæ legibus permissa est, ideoq; permisso meretricio necesse est, vt meretrici acceptio non prohibeatur, alioquin meretricium prohiberetur, vt ex verbis apparet, sed non propterea vt diximus meretrici actio dabitur, lex enim conniuet non fauet his turpitudinibus, facit tex. notabil. *in l. illud ff. de manu. vindict.* quia nemo de improbitate sua consequitur actionem, vt in *itaque fullo in §. 1. ff. de furt.* & ita permittitur vt meretrix accipiat, caueatque sibi dum meretrix est, non deludatur, sed de lupanari ad iudicis tribunal hæ spurcitiæ non sunt auocandæ, nam neque Martiali hæc placerent, qui in quodam epigrammate inquit, *à Chione saltem, vel à Laide disce pudorem,* Abscondunt spurcas hæc monumenta lupas: denique hoc interest inter pecuniam datã meretrici ob fornicationem, & datam alij fœminæ ob stuprum, quod huic ob turpem causam prohibitã datur, vt probatur supra in ista l. in principio, illi vero ob turpitudinem permissam, & hæc est vera ratio differentiæ inter hanc, & illã turpem causam, vt in hac multo minus detur repetitio, quis enim negare poterit ob turpem causam accipere meretricem?

CAPVT IX.

De interpretatione l. falsus in §. si iactum ex naui. ff. de fur.

SVMMARIVM.

1 *Notatur distinctio Vlpiani, & probatur opinio Caij inf. in num. 3.*
2 *Iactare res ex naui ne periclitetur actus ne voluntarius iudicetur.*

CVM iam Vlpianum reprehendere ausi non immerito fuerimus, licet eius ingenium fuerit mirabile, sicut ipse prætorem reprehendit in *l. 5. in princip. ff. de re iudica.* iterum idem tentabimus, nam *idem Vlpianus in l. falsus in §. si iactum ex naui. ff. de furtis.* ita nõ recte sane inquit, si iactum ex naui factum alius tulerit an furti teneatur? quæstio in eo est an pro delicto habitum sit, & si quidem derelinquentis animo iactauit, quod plerumq; credendũ est, si scit peritutum: qui inuenit lucrum fecit, neq; furti tenetur, si vero non hoc animo, sed hoc vt si saluũ fuerit haberet, ei qui inuenit auferendum est, & si scit hoc qui inuenit, & animo furandi tenet, furti tenetur, enimuero si hoc animo vt saluum faceret domino, furti non tenebitur, 1 quod si putans simpliciter iactatum furti similiter non tenetur,) In hoc responso Vlpiani duo sunt, quę animum commouere videntur. Primum hæc distinctio quo animo in nauis periculo quis iactet bona per mare pauperiem fugiens mercator, vel quilibet alius earum rerum dominus, nescio cui posset probari, animus enim eius hic euidens est, vt minori iactura naufragium vitet, nam ideo derelinquentis animo iactauit, quia putauit conseruare non posse, animus enim conseruãdi euidens est, cum eas res posuerit in naue, si enim pro derelicto eas habere voluisset, non eas in nauem induxisset, nec eis nauem onerasset rursus: esto quod eas perdẽdi animo iactet, & quod actus ille iactus potius voluntarius indicetur, nam quæ per se sunt non voluntaria, per occasionem vero exspectãda, potius accedunt ad voluntariorum naturã secundum *Aristot. ethico. lib. 3.* tamen vt idem inquit, omnino voluntate sua nemo iacit, saluris autem suæ ac cæterorum causa omnes, qui quidem sana mente sint, [& de hoc constat specialius, quia ante periculi timorem eas non proiecit, idcoque volũtas illa non adeo perfecta est, vt ad amittendum rerum suarum dominium, si conseruentur sufficiat, hoc euidentissime apparet ex multis, quæ deduximus in istis nostris interpretationibus in lib. 2. in cap. 11. vbi plura nõ vulgaria scripsimus, quæ probant voluntatem, quæ ex causa non omnino libera oritur, nõ sufficere vt actus ita gestus nobis damnum inferat, quod in specie proposita maiori ratione concluditur, quod nulla vis nullusue metus, qui in constantem virum cadere possit, cum maris aduersa fortuna valeat comparari, quem mortis (inquit ille) timuit gradũ qui siccis oculis mõstra natantia, qui vidit mare turgidum, & infames scopulos Acroceraunia? & qui neque timuit præcipitem Africum decertantem aquilonibus, nec tristes Hyadas neq; rabiẽ noti. nec me mouerit quod vis illa ab vndis, non ab hominibus infertur, nam qui iactat vndis ipsis, à 2 quibus infertur vis non alij donat, multo minus obstat tex. in *c. si vt extrau. de regularib.* ibi enim res donatur non iactatur, quod non est eiusdẽ rationis, ideo Vlpiani sententia placere nõ potest, meliusque *Iustianus ex Caio in §. pe. & fi. insti. de rerum diuisione,* inquit. pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, vt id numero rerum suarũ esse nolit, ideoq; statim dominus esse desinit, alia sane causa est earum rerum, quæ in tempestate leuandæ nauis causa eijciuntur, hæ enim dominorũ permanent, quia palam est eas non eo animo eijci, quodquis eas habere nollit, sed quo magis cum ipsa naui periculum effugiat, qua de causa si qui eas fluctibus expulsas, vel etiã in ipso mari nactas lucrãdi animo abstulerit, furtum committit, neq; longe videtur discedere ab his, quæ de Rheda currẽte non intelligentibus dominis cadunt,) ecce tex. elegantem, in quo ostendit vt quo ad iuris effectum attinet, iactus inter voluntarios actus connumeretur, facit text *in l. qua ratione in §. fin. ff. de acquir. rer. dominio.* & illam comparationem facit *Iulianus in l. qui leuandæ. ff. ad l. Rhod. de iact.* & contra

contra Vlpianum sentire etiam videtur *Paulus in l. 2. in §. fin. eod. titu. & Iabolenus in l. interdum in §. quod ex naufragio. ff. de acqui. possess.* & licet *glos. ibidem, & in ista l. si falsus in §. si iactum*, quas alij sequuntur, velint defendere Vlpianum quando ex modo iactandi apparet, rem perditam voluisse, vt si librum apertum proijcit, tamen non potest defendi Vlpianus, primo, quia ipse regulam constituit, vt plerunque credendus sit derelinquentis animo iactasse, ideo defensio non est bona, cum ab alijs constituatur regula contraria. 2. quia non magis credere debet librum clausum in mare saluum fore, quam apertum. 3. quia in illa trepidatione mortis nihil consulto fecisse videbitur, sed casu, 4. quia librum apertum, vel granum sine sacco quomodo potuit alius tollere & salua facere, ideo ineptum esset credere pro his Lucianicis euentibus, qui nunquam contingent, regulam constituisse Vlpianum, arg. in *l. nam ad ea ff. de legib.* verius itaque est responsum Vlpia. nulla ratione posse defendi. maxime quia, vt inquit *Simpli. in enchiridi. Epictet.* & Deus, & recte constitutæ leges, prudentesque homines, tam bonas, quam malas hominum actiones non operibus; sed voluntate, ac electione metiuntur, quæ autẽ poterit esse electio proposita hac necessitate, licet enim fuerit electio in iactãdo, non tamen in modo potuit esse.

CAPVT X.

De rebus deperditis vtrum possit quis sibi ea retinere, an vero debeant pauperibus restitui, de intellect. l. falsus in § qui alienum ff. de furt.

SVMMARIVM.

1. *Vtrum possit quis retinere rem repertam.*
2. *Intellect. auth. omnis peregrini C. commu. de succesio. & infra nu. 4.*
3. *Opi. domin. de Soto defenditur.*
4. *Iterum de intellect. dict. authen.*
5. *Vtrum res deperditæ vsu capi possint.*

CVm de rebus voluntate dominorũ in mare ob periculum proiectis, diximus, consequens est vt de rebus vel naufragio, vel alias inuitis omnino dominis amissis, vel eis ignorãtibus deperditis videamus, maxime cùm de vtrisque *Vlpianus in d. l. falsus disseruerit, nam in §. qui alienum*, ita scribit, qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur siue scit cuius sit, siue ignorauit, nihil enim ad furtũ minuendum facit, quod cuius sit ignoret, quod si dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiam si ego furandi animo habuero; neque enim furtum fit, nisi sit cui fiat, in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini, & Cassij sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus, sed si non fuit derelictum, putauit tamen derelictum, furti non tenetur, sed si neque fuit neque putauit, iacens tamen tulit, non vt lucretur sed redditurus ei cuius fuit, non tenetur, furti. proinde videamus si nescit cuius esset, sic tamẽ tulit quasi redditurus ei, qui desiderasset, vel qui ostendisset rem suam, an furti obligetur, & non puto obligari eum. solent: plerique etiam hoc facere, vt libellum proponant continentem inuenisse & redditurũ ei, qui desiderauerit. hi ergo ostendunt non furãdi animo fecisse, quid ergo si euretra, quæ græci minitra dicunt, petat? nec hic videtur furtum facere, & si non probe petat aliquid,] licet Vlpian. omnes fere casus de rebus perditis expresserit, vnum tamen omisit, qui nõ semel solet contingere, scilicet quãdo dominus 1
rei deperdite diligeti facta inquisitione non reperitur, vtrum is, qui illam rem reperit, sibi possit retinere: & tempore Vlpiani, & iure antiquo ciuili, licet doctores nostri non explicent, non videtur res esse indifficili, cum res alienas nulli nisi domino teneatur quis restituere, & sufficit rem non esse petitoris, vt reus absoluendus sit, vt in *l. fi. C. de rei vendicatio.* res alienas possidens, licet iustam tenendi causam non habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur, at hic de hoc proposita est questio iustam causam habere videtur, dum quærit dominum rei, quam possidet, denique nulli interim restituere tenebitur, sed de iure nouo etiam in exteriori foro pauperibus tales res esse restituendas videtur expressum in *authent. omnes peregrini C.* 2
commu. de successionib. inquit enim, omnes peregrini, & aduenæ liberè hospitentur, vbi voluerint, & hospitati si testari voluerint de rebus suis liberam ordinandi habeant facultatẽ, quorum ordinatio inconcussa seruetur, si vero intestati decesserint, ad hospitem nihil perueniat, sed bona ipsorum per manus episcopi loci, si fieri potest, hæredibus tradantur vel in pias causas erogentur.) Ecce quod vbi non possunt domino, res restitui sunt pauperibus distribuendæ, nam hæ res pro domino sumitur, vt in *§. pe. insti. de hered. qualit. & different.* quod maxime in foro conscientiæ nostri doctores probant, vt non inuento vero domino rei deperditæ sit pauperibus vel alicui pio operi restituenda, & ita est communis opinio, vt apparet tex. his quæ recẽtiores referunt, *Feli. in c. cum dilecti in nu. 7. extrau. de accusationib.* latè per *Chassan. in consuetudin. Burgund. in rubr. 1. in §. 12. & 13.*

Hæc tamen sententia placere non potest, cũ nulla sit ratio, vel lex qua hoc probetur, nam ad dict. authent. infra respondebimus, imo potius ratione euidenti, & vulgata, ostenditur esse falsam, quia si ratione naturali id, quod in nullius bonis est, occupãtis fit, neque aliqui sit restituẽdum, *vt in §. fera insti. de rer. diuisio*, simili ratione dicemus de his rebus, quæ in cuius bonis sint apparere nõ potest, paria enim hęc sunt, & eiusdem rationis, vt in *l. in leg.* vbi hoc rectè explicat *Iabolenus ff. de contrahen. emptio.* facit tex. in *l. Rutilia Polla eod. tit.* & tex. in *c. prudentiam extrau. d. offic. de leg.* & tex. in *l. duo sunt Titij ff. de testam. tutel. & in §. vulgo quæsitos de succes. cogna.* optimus tex. *in l. 1. in §. caput autem ibi apparere incip. ff. de aqu. quoti. & æstiu.* multa ponit *Tira. in tract. de vtroq. in 1. par in §. 1. in gl. 10. in n. 19.* & istã opinio. quã sẽper tenui etiam

antequam in eum inciderim repetio tenere R. P. *Domi. de Sot. in lib. 5. de iusti. & iur. in q. 3. in art. 3.* vbi respondet ad textus, qui vulgo pro contraria parte solent allegari, *s. c. si quid inuenisti, & non reddidisti rapuisti. 14. q. 5. & c. multi eod. tit.* loquuntur enim in his speciebus, quibus Vlpianus hic loquitur, vel quando domino reddere nõ vult, vel lucri faciendi causa dominum non perquirit, non autem loquuntur, quando post factam diligentem inquisitionem dominus nunquam comparet, & *c. cum tu extra de vsur.* cum alijs quæ allegãtur loquitur de his, quæ sunt male acquisita, illa enim etiam si dominus non reperiatur vel ille, cui debentur, nunquam poterunt retineri, sed pauperibus sunt restituenda, si dominus inueniri non potest, & in hac specie loquitur. *S. Tho. 2. 2. q. 62. in ar. 5. versi. ad tertium*, & ita eũ intelligit Caiet. licet inferat ad opi. contrariam nostræ & *Dominici de Sot.* hæc autem quæ repetiuntur, sine delicto capiuntur, non enim peccat quis, si rem deperditam colligat, vt domino restituat, imo charitatis opus exercet, ne in manus alterius deueniat, qui fortè non eadem intentione recipiet, nec in ista materia obseruandum erit quod de thesauri inuentione est cõstitutum, id enim ad rem de qua agimus non pertinet, itẽ id etiã quod de iumentis, vel animalibus quæ galli vocãt espaues, nos vero mostrencos, est constitutum extra casus illos in hoc decisos non est trahendum, & ita respõsum est his quæ obstare videntur. Solum superest vt ad tex. in *d. authen. omnes peregrini*, respõdeamus, cui primo dicere possumus, quod summa cum ratione statutum est, vt bona peregrini hæredibus restituantur, si fieri possit, alioqui pauperibus ne occasio detur violãdi iura hospitalitatis, vel testamenti factionem impediendo, quod facile hospes facere posset, si sibi bona illius possit vindicare, ideo in fauorẽ peregrinorũ hoc ius statutũ est, nõ autem regula ex hoc speciali casu est cõstituenda, vel possumus secundo melius respõdere, quod ideo in dict. authen. hospes non potest sibi bona retinere, quod in nullius bonis esse reperiantur, quia hoc iure cõmuni est constitutum, vt decedentiũ bona ab intestato deficiẽtibus consanguineis fisco adiudicentur, & hæc bona vacantia dicuntur, vt in *l. 1. ff. de iure fisci, & in l. 1. C de bon. vacanti. lib. 10.* non ergo d. authent. omnes peregrini. aliquid priuatis adimit, sed quæ alias fisco debebãtur, pauperibus distribui iubet, deniq; de vniuersali successione d. auth. disponit, non de singularibus rebus, quarũ dominus nũquam apparet, si enim cõpareat quocunq; tempore res sibi deperdita est restituẽda nulla obstante præscriptione, vt in *d. l. interdum, in §. quod ex naufragio*, vbi text. inquit quod ex naufragio expulsum est vsu capi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito, deperditum ergo vsu capi non potest, sed an id verum sit simpliciter, an vero dum ab inuentore possidetur? ego puto quod si inuentor facta diligentia de inueniendo domino rem, vt suam vendiderit emptor bonæ fidei vsu capere poterit, quia & titulus, & bona fides interuenit, ideo postea aduenienti domino restituere non tenebitur, sed an vendens pretium restituere teneatur vid. notata in *l. si me & Titium. ff. si cert. petat* si vero non fiat diligentia cum furtiua res censeatur, vt in ista lege vsu capi non poterit vt in §. furtiuæ insti. de rer. diuisio. & hæc est vera resolutio. vltimo nota quod si nullam impensã fecit repertor, non potuit curetron, quod nos allazgo appellamus exigere, vt hic est expressum, & notat Bart. & refert *Felin. in dict. cap. cum dilecti.*

Vi. quæ di. ximus in l. cum quidã. la magna de lega, 2, num, 23.

CAPVT XI.

De intellectu l. 3. in §. si emancipatus de bono. possessio. contra tabul. contra Alcia.

SVMMARIVM.

1 *Error Alciati circa interpretationem huius legis.*
2 *Melior est intellectus Hug. & Accursii.*

IN *l. 3. in §. si emancipatus ff. de bono. possessio. contra tabul.* ita inquit *Vlpianus.* Si emancipatus filius vxore non voluntate patris ducta, filium fuerit sortitus, deinde nepos patre mortuo ad bonorum possessionem aui velit venire, admittẽdus est, nõ enim per recisionem is, qui filius iustus 1 est, efficitur non filius, cum recissio quo magis admittatur, non quo minus adhibeatur.) Quid ibidem recissio significet, qualisve ea recissio fuerit quæstionis est, nam quod *Alciatus in lib. 4. parerg. iur. in c. 22.* de recissione emancipationis vult interpretari nullum sensum habet, recissio 2 enim emancipationis efficit vt is, qui emancipatus est in patriam redeat potestatem, sed hic nec filius mortuus potest in potestatẽ recidere, neque nepos ex patre emancipato procreatus, cũ sui iuris remaneat, vt in *§. si. instit. de quib. mod. ius patr. potesta. soluit & in l. si emancipatus in principio ff. de bon. posses. contra tabul.* deterior est igitur hęc Alciani interpretatio, quam interpretatio Hugo. & Acursij, quos *ipse Alciatus* reprehendit, neque enim deterior potest inueniri, quã ea, quæ nullũ sensum habent, quid igitur dicemus? ego existimo de recissione matrimonij Vlpianum intellexisse, causa enim quare videbatur nepos repellendus, erat propter patris matrimoniũ inuito auo contractũ, ideo si dissolutũ diuortio foret, videtur quasi patris iniuria purgata, & ita si recissio matrimonij, quæ per diuortiũ feret non efficeret quin iustus filius, nõ filius efficiatur cũ cõtẽplatione aui fiat, magis hæc recissio efficiet, vt admittatur cũ ob hoc adhibeatur vt aui animus sedetur recissione matrimonij, nõ ex animi sui sentẽtia cõtracti, idẽ ergo si morte matrimoniũ rescindatur, deniq; dissolutio matrimonij potius prodesse nepoti, quã obesse debet. potest etiã interprepatio Acursij defendi, vt recissio ad aui testamentũ referatur, finge filiũ per bonorũ possessionẽ cõtra tabulas patris recindisse testamentum

mentum, moritur filius nepos ad aui hæredita-
tem aspirare vult patris forte hæreditate dimis-
sa, videtur quod non possit, quia si patris hæ-
reditatem non agnoscit, non videtur vti pos-
posse paterna recissione, potest tamen quia re-
cissio magis efficit, vt admittatur cum ad id ad-
hibita sit, vt locus fieret successioni ab intesta-
to, vel per successorium edictum nepoti potest
concedi bonorum possessio, quia successorium
edictum in bonorum possessione contra tabu-
las locum habet, vt diximus contra *Emanuel. de
Acost. supra in lib. 4. in titulo de liber. & posthum. in l:
si quis posthumos:* vide text. in *l. qui se patris & ibi do-
ctores. C. vnde liber.*

CAPVT XII.

De interpretatione legis sed & si quid in ædifi- cauerit in §. fin. ff. de vsu fruct.

SVMMARIVM.

1 *Dura videtur hæc Vlpiani sententia.*
2 *Pauli responsum videtur huic contrarium.*
3 *Consensu plurium dominorum potest seruitus con- stitui.*
4 *Vsus fructus, est seruitus diuidua.*
5 *Litera tex. secundum* Connanum.
6 *Alia litera secundum Pinellum, quæ non est vera.*

VT aliorum ingenia exerceamus leges dif-
ficiles Vlpiani interpretari superius ador-
ti sumus, ideo alias non minus duras, & ab
eius ingenio dissimiles afferamus: & *Vlpianus in
l. sed & si quid inædificauerit in. §. fi. ff. de vsufruct.* rem
difficilem, & absurdam constituere videtur, cũ
respondeat proprietatis dominum neque con-
sentiente fructuario seruitutem imponere pos-
1 se, inquit enim, sed neque seruitutis imponere
potest proprietarius, nec amittere seruitutem;
[& paulo post, proprietatis autem dominus, ne
consentiente quidem fructuario seruitutem
imponere potest. Quid absurdius dici potest,
quam seruitutem non posse imponere propric-
tatis dominum consentiente vsufructuario?
Quid cõtra regulas iuris dici potest expressius?
Nam domino conceditur seruitutem impone-
re, vt in *l. 1. in fi. ff. de commu. prædio.* quare id non
potest dominus cui vsus fructus abest, vt in *l. re-
cte dicimus de verbo significatio. ff.* quod si fructuarij
damnum considerari potest eo cõsentiente ces-
sat: item si dominus plene hoc potest, quare &
diuiso iure apud duos id vterque non poterit?
Id enim ex regula iuris euincitur, quæ ponitur
2 in *l. singular. a. ff. si cert. pet. at.* nam & in hac materia
idem videmus vt duo domini cõstituere serui-
tutem possint, licet vnus solus, nisi aliorum ac-
cedat consensus non possit, vt in *l. fi. infra commu.
prædio.* rursus cum est quis dominus partis fundi
pro indiuiso & vsus fructus, & proprietatis pars
est apud socium accedente cõsensu illius serui-
tus rectè videtur constituta, multo ergo magis
idem erit, si nõ proprietatis pars & vsus fructus
sit apud alium, sed alterum tantum, nam idem
iuris foret si medietas vsus fructus apud alium
esset quod esse potest, vt in *l. si alij fundũ ff. de vsu
fruct. legat.* nam vsus fructus seruitus diuidua est, 3
vt in *l. vsus pars ff. de vsu & habitatio. & per tot. titu.
de vsu fruct. accrescend.* & expressè in *l. vsus fructus,* &
ab initio pro parte diuisa constitui ff. *de vsu fru-
ctu,* quare ergo consentientibus his, ad quos so-
los ea res pertinet, non poterit seruitus consti-
tui: rursus si consensus vsu fructuarij non potest
id efficere, vt seruitus constituatur à proprieta-
tis domino, quare *Paulus* id admittit si ex eo de-
terior vsus fructuarii conditio non fiat in *leg. se- 4
quenti quæ incipit nisi priusquã?* quid enim efficit v-
tilitas, vel damnum si is, ad quem ea res perti-
net consentiat? nam ex voluntate vtilitas con-
siderari solet, vel saltim est spernenda est, vt in *l.
quia poterat ff ad senat. consul. Trebelli.* & in materia
seruitutis hoc existimat *Labeo in l. ex fundo. ff. de ser-
uitutib.* vbi inquit, ex fundo quem quis vendit,
seruitutem imponi, & si non sit vtilis posse exi-
stimo, veluti si aquam alicui ducere non expe-
diret, nihilominus constitui ea seruitus possit:)
Neque enim hæ subtilitates admitti debent, vt
in *l. sicut in §. si debitore ff. quibus mod. pignus vel hypo.
soluitur.* huic difficultati intellectus glos. & do-
ctorum in d. l. sed & si quid non satisfaciunt cũ
diuinent, neque rationem habeant, *Connanus in
comment. iuris ciuil. in li. 4. in c. 3. in n. 3.* sentiens istã
difficultatem nititur aliter explicare illum text.
vt scilicet illa verba ne consentiente assumãtur,
idest non consentiente vt velit text. inuito vsu-
fructuario posse seruitutem imponere proprie-
tarium, quod intelligit *Paulus in l. sequen.* quando
pro eam fructuarij conditio non fiat deterior,
inquit enim, nisi per quem deterior fructuarij
conditio non fiat.] Denique solũ consensus re-
quiratur fructuarij, vbi deterior eius fieret con-
ditio, sed hic intellectus habet maximam diffi-
cultatem, quia in eodem text. poneret *Vlpianus*
duas regulas contrarias, imo ridiculas. Primam
vt simpliciter non possit proprietarius seruitutẽ
imponere. Secundam, vt possit etiam non con-
sentiente vsufructuario, rursum in l. locum pos-
se fauore religionis volẽte fructuario locũ face-
re religiosum, ita vt non sufficiat voluntas fru-
ctuarij, nisi religionis causa accedat, & *ipse Con-
nanus* mutat literam, litera enim quæ vulgo ha-
betur ita se habet, locum autem religiosum fa-
cere potest consentiente vsu fructuario, & hoc
est verum fauore religionis, sed interdũ & so-
lus proprietatis dominus locum religiosum fa-
cere potest: finge enim eum testatorem inferre
cum nõ esset vbi tam oportunè sepeliretur.) Ex
quo apparet, quod consensus sufficit vbi fauor
religionis concurrit, & aduersatiua autẽ ostẽdit
contrariũ in præcedenti casu dispositũ, ideo *Cõ-
nanus* aliter legit literã, vt tex. ita dicat. sed fauo- 5
re religionis interdũ,) ita vt dictio sed muretur

& hæc litera applaudere videtur, & omnia bene haberent, si prædicta contrarietas Vlpiani posset excusari, nam consensum fructuarij in faciendo, locum religiosum frustra requiretur, licet in constituenda seruitute requireretur, quia efficiendo religiosum cessat vsusfructus in ea parte, cum desinat esse in commercio nostro, vt in *l.2.C. de religio.& sumpt.fune.* sed ager ipse monumento cohærens, non efficitur religiosus, vt in *l.locum in eodem titu,* ideo in eo vsus fructus non extinguctur, & idem iuris est fructuarij, & habentis seruitutem, vt consensus eorum exigatur, vt in *l.2.in §. si vsumfructum cum §.sequenti.ff. de religios.& sumptib. fune.* & ita interpretatio Connani defendi poterit, licet durum sit duas regulas contrarias constituisse Vlpian. sed minus hoc inconuenit, quàm glos. & do-
6 ctorum sequi interpretationes, *Pinel.* autem *in l.1.in secunda parte in numero 74.C.de bon.mater.* addit aliam negationem text. Vlpiani, vt dicat text. ne consentiente quidem fructuario seruitutem impo[illegible]e non potest vt dictio ne pro non sumatur, vt vult *Connanus,* sed addatur alia negatio, sed melior est Connani intellectus, quia si liberum esset addere negationem, nihil certum in iure esset constitutum, item esset repetere idem quod prius dixerat, verum est quod *Vlpianus in d.l.2.in d.§.si vsufructum.* locum religiosum effici posse consentiente vsufructuario magis esse asserit, quasi consensus ipse de se, si causa non concurreret religionis, non sufficeret, cum rem dubiam & quæ rationem specialem requirat denotet, & magis id esse dicat, cum tamen consensus illius, ad quem res ea pertinet semper soleat sufficere, sed non est adcò dura interpretatio, vt id quod ibi magis esse dicitur iuris communis habeatur, quam dura est doctorum nostrorum interpretatio, ideo Connano in haere assentior.

CAPVT XIII.

De facultate Regia ad constituendam, primogenituram.&l.Regia.

SVMMARIVM.

1 *Facultas testandi au & quando firmet antea factum testamentum.*

2 *Quid in milite, quid in pagano.*

3 *In legatis facilius inducitur confirmatio, quam institutionibus.& infra num.4.*

4 *Hæc lex deberet emendari.*

CVM de legis iuris communis multa scripserimus, non ab re erit aliqua circa leges nostri regni delibare, & in primis occurrit nobis quod in legibus Taurinis statutum est, vt facultas regia instituendi maioratum præcedere debeat maioratus institutionem, alioquin si quis maioratum ordinauerit, posteaquam facultatem instituendi maioratum à Rege obtinuent, non proderit illa facultas, nisi in ea expressè iam constitutus maioratus approbetur, quod difficile esse videtur nam si eundem post facultatem obtentam instituere potest maioratum, quare non comprob..bitur factus superueniente facultate, eadem permanente voluntate vt in *l.obseruare, in § pu.ff.de officio proconsf. & lega.* & videtur expressum in *l. fine emancipatis, C. de donatio.* & facit etiam in fortioribus terminis text. *in l.cum vir. ff. de vsu capi.* neque me moue- 1
rit quod iure communi testamentum inutiliter factum quod intestabilis quis sit, non confirmatur etiam adueniente testandi potestate, vt in *l si filius famil.ff. de testament.* vbi *Modestinus* ait, Si filius familias, aut pupillus, aut seruus tabulas testamenti fecerit, signauerit: secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filius familias sui iuris, aut pupillus pubes, aut seruus liber factus decesserit, quia nullæ sunt tabulæ testamenti quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit:]hoc enim in maioratu verum non erit. Primo quia maioratus ab initio sine regis facultate valuit, in parte saltem quatenus legitimam liberorum non lædat, vel in totum, si filij id probauerint, rectumque habuerint, vt.ff.*de iniusto rupto.in l.filio præterito, & de bono poss.sec.contra tabul.in l. non putauit,in. §.si quis sua manu, & C. de inoffi. testamen.in l.si quando in §. & generaliter,* sufficit autem vt ab initio in parte valuerit, vt accedente in toto potestate confirmetur, in *l.quod in rerum, in.§.si quis post, de leg.1.* itē vbi defectus non est in disponēte, sed in re, quia disponit de re aliena, quocunque tempore potestas disponendi superueniat viuente testatore sufficit, in *d.l.quod in rerum in fin.principij.* Rursus omnia supradicta in hæredis institutione procedunt tantum vt distinguatur si ab initio fuit nullum, vt potestate superuenienti non valideretur, etiam voluntate noua, si ea nuda sit, & 2
& non solemnis, nisi in milite, si vero valuit à principio, & postea nullum efficiatur nuda voluntate superueniente potestate confirmetur, etiam in Pagano, vt probatur. *ff.de bon.possess.secundum tabul.in l.qui ex liberis in. §.testamento,* vbi *Papinia.* Testamento facto Titius ad rogandum se præbuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit, scriptus hæres si possessionem petat, exceptione doli mali submouebitur, quia dando se ad rogandū testator cum capite fortunas quoq; suas in familiam, & domum alienam transferat, planè si sui iuris affectus, codicillis, aut alijs literis eodē testamento se mon velle declarauerit, voluntas quæ defecerat, iudicio recenti redisse intelligetur, nō secus ac si quis aliud testamētū fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret, nec putauerit quisquā nuda voluntate constitui testamentum, non enim de vi testamēti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio quamquā actori opponatur, ex persona tamen eius a quo opponit æstimatur,]& quod de milite indubitabile

bile

bile dicit *Vlpianus*, quia id potest nuda voluntate efficere *in l. si quis filio exhæredato in §. irritum. ff. de iniusto rupto*, tamen & in pagano verum erit vbi ab initio valuit testamentum, quod postea irritum fit, vt validetur superueniente nuda voluntate, videamus Vlpiani verba, quia infra opus erit eis vti, dixerat prius irritum fieri testamentum, si testator pœnę seruus efficiatur, militi autem ex militari crimine damnato permitti solere vt testetur, scilicet à principe, & ex iure militari ex priuilegio ei tanquam militi concesso testabitur, subiungit *Vlpianus*, quia ratione igitur damnato testari permittitur, nunquid, & si quod ante habuit factum testamentum si ei permissum sit testari valeat? an verò pœna irritum factum reficiendum est? & si militari iure ei testandum sit, dubitare non oportet, quia si voluerit id facere, fecisse id credatur.]

3 Denique omnes hæ quæstiones, & controuersiæ in institutionibus cadere possunt; quæ ex supradictis resoluuntur. In fideicommissis autem & legatis non idem iuris est, cum & si ab initio ex defectu potestatis irrita sint, ea superueniente validantur, quia licet institutio hæredis non nuda voluntate confici, vel destrui posset, legata tamen & fideicommissa possunt, vt in *lege ex parte. ff. de adimend. lega.* & ita in specie nostra distinguit *Vlpianus in lege prima in §. primo ff. de lega. 3.* cuius verba sunt, Sed si filius familias, vel seruus fideicommissum reliquerit, non valet, si tamen manumissi discessisse proponantur, constanter dicemus fideicommissum relictum videri, quasi nunc datum, cum mors ei contingit, videlicet si durauerit voluntas post manumissionem. Hęc vtique nemo credet in testamentis nos esse probaturos, quia nihil in testamento valet quoties ipsum testamentum non valet, sed si alias fideicommissum quis reliquerit,] in fideicommissis ergo sufficit, vt superueniat disponendi potestas, si in eadem voluntate permaneat, in qua semper permansisse credatur, nisi aliud ostendatur, vt in *l. obseruare, in fi. ff. de offic. proconsul. & legat.* ideoque & iure & ratione maioratus constitutus superueniente facultate regia ad constituendum maioratum videtur confirmatus, cum fideicommissum sit, quod si quis existimet hæc, quæ nos constituimus respectu ipsius qui disponit, vera esse, at quoad principem facultatem concedentem contra esse, qui deceptus videtur, si prius facto maioratu de futuro conficiendo facultas obtineatur, quod *Vlpianus* videtur sentire, vt reficiendum illud testamentum fuerit, quod in milite nuda voluntate refectum videtur: sed verius puto Vlpianum nihil voluisse decernere,
4 cum in specie sua sufficeret militem esse, cum voluntas permanendi in priori testamento refectionis vim obtineat: tamen & in pagano sufficere illam principis concessionem sine noua refectione, verius est ex his, quæ *Bal. & alij quos refert Alexander in consil. 146. in libro quinto* & quæ *Iass. in lege quo minus ff. de flumini. in col. 21. in num.* 127. *& Hippoly. de Marsil. in rub. de fideiusso in nume. 82. cum sequen. & in practi. crimina. in §. secundo in num. 49. cum sequentib.* & quæ *D. Ludoui. Moli. in tracta. de Hispano primogen. lib. 4. in c. 5. num. 33. cum sequenti*, quod est expressum in *dicto §. irritum*, in his quæ nuda voluntate possunt constitui, & fac. quæ nos diximus in libell. de reddi. ecclesiasti. in 1. parte in c. tertio. num. 5. & 6. quæ ex suprà dictis debent interpretationem recipere, quid enim princeps curat, vt de nouo reficiatur, vel non? cum ea quę superflua sunt, vt & alię formulæ negligantur passim, vt in *l. vni. C. de formu. subl. in l. 2. C. commu. de lega.* faciunt quæ diximus in *l. 1. de liber. & posthum.* & subreptio, quæ iure communi mouere principem non debeat leuis est, & non vitiat, vt est vulgare, maximè quia refectio cum simus extra hęredis institu: nuda voluntate constituatur, sicut in milite ipsa institutio, adeo vt nuda voluntas refectionis vicem obtineat, in his quę nuda voluntate constituuntur, ideo *dicta lege Tauri*, à regulis omnibus iuris exorbitat, vt si regiis consiliariis placeret, esset abroganda, interim tamen cauere debent omnes qui maioratus velint constituere, vt illam obseruent.

CAPVT XIV.

De alia lege eiusdem copilationis.

Svmmarivm.

1 *Durissima est hæc lex & contra omnis iuris regulas.*

NOn minùs duriuscula alia lex eiusdem copilationis, mihi videtur, quæ maioratum non reuocari posse constituit si ex titulo oneroso fuerit ordinatum, nisi ipsa ordinatione fuerit reseruatum, vt possit reuocari, vel in principis facultate id concedatur, vt factum reuocari possit, quia tūc reuocari poterit, etiam si ex causa onerosa fuerit institutum; quod vltimum durissimum est, & contra notissimas iuris regulas, cùm ius passiuum (vt inquit *Bal.*) non possit esse potestatiuum, frustra enim constituitur obligatio, quæ in debitoris esset potestate, cum non ligatus sed solutus sit, qui sola sua voluntate libera & mutabili tenetur, nam obligatio est iuris vinculum, quo iuris necessitate astringimur, si non astringimur non est obligatio *sub hac conditione si volant, nulla fit obligatio* (inquit *Pomponius*) Pro non dicto enim est, quod dari nisi velis cogi non possis, vt in l. si sub hac ff. de actioni. & obligatio. multa nos de hac re superioribus harum selectarum interpretationum libris diximus, in lib. 2. & in interpretatione legis si filius hæres. de liber. & posthum. in quæstione ibi disputata, nec enim in arbitrio debitoris potest esse an debeat, vt in *l. 3. in §. Scæuola ff. de eo quod certo loco.* Præterea facultas Principis reuocandi quoties velit maioratum eo pertinet, vt

ita voluntas libera sit, sicut iure communi solet esse, idque ex *hominum C. de testament.* ortum habuit, neque opus fuit id adiicere, voluntates enim hominum (inquit imperator) audire volumus non inhibere: ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipsum quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si vltimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur.]

Denique potestas reuocandi intelligi debet, nisi ius alteri quæsitum sit ex titulo lucratiuo re tradita iuxta eandem legem, quæ hoc optimè addit iuri communi, vel ex titulo oneroso, quia contrahens videtur ab hac facultate discessisse, cum vt dictum est frustra aliter fieret contractus, si voluntate sua semper penderet, ideo hęc vltima legis limitatio dura est, & quæ deberet ab eisdem regiis consiliariis proponi Regi nostro, vt reuocetur, neque me mouerit aliud esse contractum si debitor velit, aliud si nollit, vt latius dedu ximus in dicto libro. 2. selectar. interpretationum in c. 6. quia id potest considerari, quando partes ita conueniunt: sed quod ius quæsitum, vel quærendum ex titulo oneroso possit relinqui in partis potestate vt auferatur durissimum est, ea enim distinctio in iis quæ ex conuentione fiunt admittitur, at hæc facultas contra conuentionem est, cum is, qui ex titulo oneroso maioratus est constitutus, non hoc admiserit contrahendo, vt reuocari possit, & deceptus remaneret, ideo dicta legis Tauri limitatio in titulo oneroso durissima est, ne dicam iniusta.

CAPVT XV.

De interpretatione l. fructus pendentes de rei vendi. & quando fructus pendentes rei immobilis appellatione comprehendantur.

SVMMARIVM.

1 *Fructus, & res solo affixa pars rei censetur.*
2 *Destinatio patris familias est attendenda, vt res mobilis, vel immobilis censeatur.*
3 *In fructibus destinatio patris familias non potest considerari.*
4 *Reprobatur opinio Bal. qui distinguit in fructibus breui colligendis.*

FRuctus pendentes pars fundi esse videtur,] inquit *Caius in l. fructus pendentes. ff. de rei vendi.* & ideo optimè *Vlpianus in l. quæsitum in §. cellarium. ff. de fund. instruct.* fructus fundo pendentes, fundum appellat, inquit enim, ea verò quæ solo continentur instrumenti fundi non esse Cassius scribit, veluti arúdinea & salita ante quam
1 cæsa sint, quia fundus fundi instrumentum esse non possit,] sicut regulę dum in tecto sunt pars fundi censentur, & immobilis res dum non auferuntur habetur, vt optimè probat *Iabolenus in l. eum qui aedes. ff. de vsu capio. & Paulus in l. an rem in §. ff. de rei vendicatio, & in dict. l. quæsitum in §. Papinianus quoque libro,* facit optimus textus in *l. cum manu sata in §. silua cædua. ff. de contrahend. emptio.* sed hic non videtur esse sine controuersia, quia vbi cæsa sunt, non censentur pars fundi, & ita *ibidem in dict. §. cellarium* subsequitur, sed si cæsa sint puro contineri,] sed in his rebus non tam status, vel conditio præsens, quam patris familias destinatio est consideranda, vt ex multis legibus apparet euidentet, & sæpissimè *Vlpianus* destinationem patris familias considerat, *in dict. l. quæsitum vt in §. quæritur, & in §. si quis eodem, & in §. sed si qua, & in §. Celsus, & in §. Papinianus quoque pradijs,* & facit tex. notandus *in l. generali, in §. vxori ff. de vsu fruct. legat.* optimus tex. *in l. cætera, in §. pen. ff. de legat. 1. & in l. ex facto cum legibus ibidem allegatis ab Imol. ff. de hæredib. instituend.* & cum his, quę diximus in quęstione illa, vtrum actiones loco circum scribantur, sed dubium non est fructus pendentes destinatione patris familias mobilium loco esse, cum ideo seminet, vt metat, post messem autem neque pars rei sunt, neque immobilium nomine continentur, nam & specialia, quæ ad tempus sunt detracta legatu domus, vel emptione continentur, vt in § *specularia in dicta l. quæsitum* adeo destinatio patris familias efficit, vt res mobilis, vel immobilis pars rei, vel res separata censeatur, hac ergo ratione fructus pendentes non possunt videri esse pars rei, sed omnino res mobilis, & separatas, eademque ratione opinio angeli in ista l. fructus pendentes, tenentis filijs posse fieri supplementum legitimę in fructibus pendentibus tanquam in re immobili, vera esse non potest, si non cum prædio ipso illi adiudicentur, sed separatim colligendi ab ipso, quia ipsa adiudicatione fructus mobilis res constituitur, vt dictum est, & ad hoc faciunt multa, quę optimè cógerit *Tiraquel.* vbi meminit de dicto Angeli *in tracta. de vtroque retract. in 1. parte in §. 1. in glos. 7. in nu. 37. cum multis sequentib. &* quæ ipse *Tiraqu. in l. vltima Connubia. in glos. 2. in nu. 11.* 2

Sed ego existimo nisi specialiter de fructibus ipsis, vel rebus affixis vel quæ solo coaluerunt caueatur nullam destinationem efficere, ne res soli censeantur, nam non potuerunt non videre hoc Caius, & Vlpianus fructus ideo satos esse, vt á solo separentur, tamen ea partem fundi donec separentur esse voluerunt, destinatione ipsa omnium hominum non hoc impediente, denique destinationem efficere vbi specialis est destinatio, non vbi natura rei ipsius inducitur, si interim rei soli efficiantur, soloque coalescant, quia cum natura ipsa pars rei sunt, & in ipsa immobili re vitam habeant, destinatio nihil cótra hác rerum naturam efficere potest, ad quod facit optima ratio quam ponit *Vlpianus in l. si quis in fundi vocabulo, in fine princip. de lega. 1.* ibi, rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum verò mutabilia,] Cum expositione glo. ibi quæ 3

optima

optima est, ideoque distinctio illa breui sinit colligendi fructus, vel non quam ponit *Bal. in l. diuortio in §. interdum ff. solut. matrimo.* ita vt si leget
4 quis bona mobilia fructus pendentes proximè colligendi comprehendantur, vt per *Paulum de Castro in consil.* 13 *a. in lib.* 1. quos refert *Tiraquel. vbi supra in dicta glos.* 2 *in nu.* 11. vera non est, quia est contra dictas leges, & tex. in *l. si pendentes in principio, & in l. si fur in principio in versi. quoniam fructus cum concordant ibi allegatis in glo. ff. de vsufructu*, & est demente *Iasso. in dicto §. interdum in l. diuortio in fine in nu.* 17. qui in hoc optimè loquitur, & respondet ad dictam glos. & *Bar. ibidem*, quia quo ad cautionem fit distinctio sint maturi, vel non non autem quo ad dominium ipsorum fructuũ, vel eorum adiudicationem, quod est notandũ.

Potest etiam dici, quod fructus pendentes sunt pars rei, & res immobiles censentur, quo ad vendicationem, & dominium; sed quo ad dispositionẽ, potius mobiles cẽsentur, ideo tutor qui res mobiles vendere sine decreto potest, fructus pendentes vendere posset: quia futura est res mobilis omnino, facit in argumentum tex. in *l. fi. ff. de requirend. reis*, ibi, Sed diuus Traianus iubet mouentia fructus quoque haberi scripsit] Quod & ad supra dicta pertinet: nam cum ad venditionẽ peruenitur, destinatio specialis est.

CAPVT XVI.

De interpretatione l. 2. in. §. & harum. ff. de verbo. obliga.

SVMMARIVM.

1 *Iuris consultus hic ponit notandas regulas in materia diuidui, & indiuidui.*
2 *Altiatus rem claram & constitutam perturbat.*
3 *Alciat. existimat solutionem fieri posse per partes inuito creditore, sed errat.*
4 *De intellect. l. tutor in §. lucius. ff. de vsur.*
5 *De intellect. l. cum heres in §. pe. ff. de statu liber.*
6 *Quid efficiat cõsẽsus creditoris in istis obligationibus.*
7 *Diuisio aliquandò corrumpit obligationem, aliquandò non corrumpit.*

1 PAulus lib. 27 *ad edictum in l.* 2. *in §.* 1. *de verbor. obliga.* cum in principio legis dixisset, Stipulationũ quædã in dãdo, quędã in faciẽdo cõsistunt,] subdit in §. 1. & harum omniũ quædam partium præstationem recipiunt: veluti cùm decem dari stipulamur, quædam non recipiunt: vt in his quæ natura diuisionem non admittunt: veluti cum viam, iter, actum stipulamur, quædam partis quidem præstationem natura sui recipiunt: sed nisi tota dentur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quod libet aliud vas, nam & si stichi pars soluta sit non dum in vlla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est donec alius detur, eiusdem conditionis est hæc stipulatio stichum, aut Pamphilium dari)

In hoc. §. *Iulius Paulus. iuris consultus* ponit regulas valde notandas in materia diuidui & indiuidui, quas optime Bar. in suo summario comprehendit, ex quibus regula prima est obligationem dandi certam summam, vt puta decem omni ratione esse diuiduam, tam natura, quàm effectu, natura, quia rem diuiduam maximè cõtinet, effectu quia partis cuius libet solutione liberatio pro ea parte cõtingit, quæ in alijs obligationibus cessant, nam quædam obligationes sunt in diuiduæ omnino, quædam vero saltim effectu, vt ex tex. apparet, nam si iter, aut actũ stipuleris omni ratione indiuidua est ea res, & natura & executione, at si hominem in genere, vel lãcem diuidua quidem natura stipulatio est, cum partem hominis lancisue partem stipulari possimus: effectu autem, vel solutionem nõ est diuidua, quia si partem stichi soluas, non potest Pamphili aliam partem soluere, sed in vno eodemque corpore fieri solutio debet, nam nõ in corporibus, sicut in quãtitatibus functio est, nec sicut in genere, in quo etiam functio est, nã si hominem debeas in genere, & cũ alio creditor hominis in genere conpensatio datur vt in *l. si debeas supra de compensatio.* tex. optimus in *l.* 1. *in §. spe. vbi glo.* notat *supra si pars heredis peta.* sed si ad executionem, & solutionem deuentum sit, cũ iam ad speciẽ genus sit astructum, non amplius 2
generis vicem obtinebit, ideo diuiduitatem, vt sic dicam, quam ante obtinebat ex functione generica, amittit, & ita quo ad solutionem fit indiuiduum, quæ omnia optimè probantur in. *l. Meuius in §. duorum cum ibi notatis supra de lega.* 2. & ita tex. noster optime sine difficultate procedit, nisi *Alciat.* leui quadam ratione motus rem perturbasset, inquit enim secundum interpretationẽ comunẽ hic tex. procedere non posset, nam & doctores fatentur obligatum decẽ dare non posse quinque vel aliã partem soluere nisi creditore volente, vt in *l. creditor in §. Lucius supra de vsur.* & nota. in *l. quidã existimauerũt supra cert. peta.* ergo obligatio dandi decẽ nõ est desę solutione diuidua, sed indiuidua: nam per glo. respondet, quam doctores probare videtur solui per partes posse creditore volente, non videtur Alciato soluere difficultatẽ, sed augere, quia eadẽ ratione & obligatio dãdi hominẽ in genere, vel lance erit solutione diuidua, quia volẽte creditore, & in pluribus & diuersis hominibus, vel lãcibus potest fieri solutio, volẽte igitur creditore vtraque obligatio diuidua effectu, & solutione erit; siue decem, siue hominẽ inquã pro miseris, eo autem inuito neutra solutione erit diuidua; cum secundum doctores inuito creditore etiã in obligatione dãdi pecuniã, solutio per partes fieri non possit, voluntate autem creditoris omnia indiuidua diuidua fieri poterunt, hac difficultate *Alciatus* inuolutus recedit à cõmuni opinione, & credit falsũ esse nõ posse inuito creditore in obligatione dãdi pecuniam solui per partes: neque tex. à doctoribus allegatis eorũ probare sententiã, quia tex. in *dict. l. tutor*

tor in §. Lucius supra allegatus, in qno nõ posse partis fieri solutionẽ Scæuola ait, intelligi debear ea ratione quod debitum erat vsurarium, in quo vsuræ per stipulationem promittuntur cõditionaliter, si non solueris illa decem promitris vsuras, vt *sup. si cert. peta in l. lecta*. ideo ratione cõditionis efficitur indiuiduum id, quod narura sua erar alias diuiduũ vt in *l. cui fundus supra de conditio. & demõstratio.* sicut & de pœna dicimus *infra eadẽ l. in §. fi & in l. 5. in § fi. & in l. in executione circa finem*: hęc est Alciati sentẽtia quæ prius fuit *Raphael. Fulgo. in dict. l. quidam existimauerunt*, quã alijs rationibus Alci. nititur cõprobare, sed videamus de interpretatione *dict. §. Lucius*, quia cę-
4 tera quæ *Alciatus* adducit, leuia sunt, inquit tex. Lucius Titius cũ centũ, & vsuras aliquãti temporis deberet, minorem pecuniã, quã debebat obsignauit, quæro an Titius pecuniæ, quã obsignauit, vsuras præstare nõ debeat? Modestinus respõd. si nõ hac lege mutua pecunia data est, vt liceret & particulatim quod acceptũ est exoluere: non retardari totius debiti vsurarũ præstationem, si cũ creditor paratus esset totũ suscipere debitor qui in exolutione totius cessabat, solam partem deposuit.)

In huius tex interpretatione in multis errat *Alciatus* primo dũ putat effici indiuiduã solutionem debiti pecuniarij ob vsurarũ adiectionem, quod falsum est, vt in *l. cũ alter & in l. idẽ iuris supra de cõpensatio. & in l. si cõstat, & in l. etiam C. eodẽ tit.* 2. dũ putat cõditionem, obquã deberentur vsuræ, mutare naturã debiti, quia licet in *dict. l. lecta*, vocetur conditio, ea tamen conditio est, quę tacitæ inest ex vsurarum natura, quæ nisi in solutione cessata sit, non debentur vt in *dict. l. lecta, iudebito in diẽ*, maximè quia *in dicto §. lucius*, non constat ita esse conceptã stipulationem, vt Alci. vult, si non solueris infra decem menses tunc vsuras, &c. ideo procedit etiã si debitũ ab initio sub vsuris contractũ esset, quinimo etiã si vt *Alci.* vult, esset cocepta stipulatio, non mutatetur vsurarũ natura, nam aliud est pœna, aliud vsura, vt inquit *Papinia. in l. pecunia fænebris supra de vsur. in* §. 1. ibi. neque inutilis legitimæ vsuræ stipulatio videtur sub ea cõditione concepta, si minores ad diẽ solutæ non fuerint, non enim pœna, sed fœnus vberius iusta ratione sortis promittitur.) Licet curtãt ratione moræ vel culpæ, *vt ibi & in l. qui Romæ in §. Seia heres ff. de verb. obligatio.* quinimo pœnã debito pecuniario, si infra certũ tẽpus nõ soluatur adiectã puto nõ efficere obligationẽ indiuiduã, quia pœna quę vsurarũ legitimũ modũ excedit, non valet debito pecuniario adiecta vt in *l. pecunia fænebris in princi. & in l. pœnam supra de vsur.* vbi optimus tex. in *l. cum allegas. C. eod. tit.* & notat. in *l. si ubi decẽ supra de pact. & in l. rogasti in. §. si tibi decẽ. ff. si cert. peta.* & facit tex. in *l. vsuras. C. de solutio.* ideo pœnã non mutare vsurarũ naturã, quæ vsuræ non efficiũt debitũ indiuiduũ, vt supra probatũ est, quod est singulare, & certe est verũ ex dict. regulis, licet videatur tex. fortis in cõtrariũ in *l. fi. in §. si fortẽ infra isto tit.* sed potest respõdere, vt sors illa nõ pecuniaria fuerit, sed alterius rei, quæ nõ recipiat functionẽ, & intelligatur vt in terminis *legis Lucius supra de actio. empt.* vel de qualibet alia sorte, quã illa, qua cõtrahitur mutuũ, quod est valde notãdũ, & ita verius est solutionẽ per partes etiã in summis fieri nõ posse inuito creditore cõtra Fulgo. & Alciat, cõtra quos vltra supra dicta est tex. expressus in *l. cum hæres in §. pe. inf. de statu liberis*: vbi inquit *Paul.* itẽ si decẽ hæredi dare ius- 5
sus fuerit, hæres etiam per partes accipere fauore libertatis cogendus est.].

Ecce tex. expressũ quod nisi fauore libertatis nõ potest cogi per partes solutionẽ admittere creditor, neque valet si dicas id esse ratione cõditionis, quę solutionẽ facit indiuiduã vt su. dixit *Alciat* quia conditio efficit indiuiduitatẽ, vt soluẽdo partẽ nõ cõsequatur quis legati partem vt in dict. l. cui fũdus, nõ tamẽ hoc efficit, vt si facit per partes solutionẽ, ita vt omniũ partium fiat solutio non sit impleta cõditio in totum, & cõtingat liberatio, & ita sit in pendenti, an pars primo soluta aliquid efficiat sicut est in pẽdenti soluta parte stichi homine legato, an contingat liberatio, vt in *isto §. & harum circa finẽ*, nõ igitur ideo in *dict. l. cum hæres*. in illo legato libertatis cõditio dãdi impleri nõ potest per partes, quia cõditio est ita indiuidua, sed quia generaliter accipiẽdũ est creditorẽ per partes non esse cõpellẽdũ solutionẽ accipere, & hoc manifestũ est; quia & in his, quæ maximè sunt indiuidua solutio per partes per vltimã solutionẽ parit liberationẽ vt in *l. per fundũ de seruituti. rusti.* est expressũ *ff. de acceptilatio. in l. & per ius iurandum, in vers. si autem iter*, & fac. *de cõditio. indeb. in l. si non sortem in §. pe. & fi.* & huic inductioni *dict. l. cum hæres* nemo poterit respondere, quod nota quia nullus ita interpretatur.

Illud certum est parte liquida soluta, si pro reliquis, quę obscura sunt satisdet impleti conditionem vt in l. statu liber rationem. infra de statu liber. & ita intelligi potest tex. in *dict. l. quidam existimauerunt*, & facit tex. in *l. permittendum, supra si pars hæredi. peta.* Retenta igitur communi sententia vt inuito creditore pecuniæ non possit fieri solutio particulatim contra Fulgo. & Alciat. contra quos etiam est tex. in *l. si. ff. quib. mod. pig. vel hyp. solu.* videamus quo modo ea obligatio solutione diuidua dicatur, & qualiter ea, quæ indiuidua solutione sunt creditoris volun-
tate diuidua effici non possit contra Alciatum, 6
quod difficile non erit ostendere si verba, & mentem legum penitissimè consideremus, inquit tex. aliud pro alio inuito creditori solui non potest, *in l. 2. in §. pe. supra si cert. peta.* at volẽti creditori aliud pro alio solui poterit, vt in *l. manifesti iuris. C de solutio.* vbi tex. inquit, Manifesti iuris est tam alio pro debitore soluente, quam rebus pro numerata pecunia consentiente à creditore datis tolli paratam obligationem,] quia vt inquit *Vlpia.* placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, in *l. si non sortem in §. si centum*

ff. de

ff. de condictio. in debit. idem Vlpia. in l. 1. in §. an possit ff. de constitu. pecunia, ibi placet re pro rẽ solui posse,] & vt *l. item liberatur in §. qui paratus est ff. quib. mod. pig. vel hyp. solu.* Ergo si mihi hominem in genere debeas solutionem indiuiduam voluntate mea fieri diuidua potest, vt mediam partem Stichi mediam Pamphili soluas; sed aliud solues, quam tenebaris soluere, sic si viam debeas iter mihi soluere consentiam liberaris, sed aliud quã tenebaris soluis, quia aliud est via, aliud est iter, vt in *l. si pupillus in. §. fi. infra de nouation.* sed si decem mihi debeas, & me consentiente quinque soluas, non aliud, quam debes soluis, neque cõsensus meus naturam obligationis, vel solutionis mutauit, nam idem quod promissum est, idem inquam omni ratione soluitur, sed non totum, consensus igitur efficit, vt per partes solui possit id, quod debetur, in aliis autem obligationibus efficit, vt in alio quam debetur fiat solutio, denique consensus hic in soluendo quinque ex decem non mutat aliquid ex re debita, at in aliis speciebus efficit, vt aliud pro alio soluatur, quod potius est corrumpere, & aliam inducere obligationem, & mutare dissolutione, quam obligationem exequi priorem, & ideo tex. *in dict. l.* manifestè dicit tolli, & hoc elegantissimè ex Marcello explicat *Scæuola in l. 3. in §. idem Iulianus. ff. de eo quod cert. loc.* non tamen intelligas, quod mutatur prior contractus, sed eius executio, ne obstet *l. pretij causa C. de rescinden. venditio.* ideo ex priori agi potest, & ita intelliges quid intersit inter dictas obligationes, & quaiter promissio dandi decem sit omni ratione diuidua, & obligatione, & effectu, neque partis consensum posse mutare diuidui, vel indiuidui naturam, sicut efficere non potest, vt emptio sit sine pecunia, vt in *l. empti fides. C. de contrah. em. pto.* neque enim naturam rerum partes mutare possunt, vt in *l. obligationum ferè in. §. 1. in versicu. sic in tradendo de actio. & obliga. supra* & multa quę diximus supra in lib. 1. in. c. 11. per totum dissoluere tamen poterit sine pecunia obligationem, vt in *dicta l. pretij causa C. de rescind. vendi.* quia aliud pro alio volente solui potest, sic in specie proposita
7 soluendo partem pecuniæ volente creditore non corrumpitur obligatio, secus verò in ea, quæ indiuidua est effectu, tunc enim diuisione non fit executio obligationis, sed mutatio & corruptio vt *infra isto titul. in l. stipulationes non diuiduntur in princip.* ibi. Horum enim diuisio corrumpit stipulationem, & *Bart. ibidem notab. in. 9.*
" *oppo. in nume. 11. colu.* 4. inquit nam cum hic dica-
" tur; quod harum diuisio corrumpit stipulatio-
" nem etiam stipulatore volente, non poterit di-
" uidi, quia si diuiditur, non soluitur quod deue-
" nit in stipulationem: sed aliud, vnde benè po-
" test contingere liberatio tanquam aliud pro a-
" lio creditore volẽte, licet non sit solutum quod
" deuenit in stipulationem, nam per diuisionem
" est alia opera quam promissa. Hæc Barto. ex qui-
" bus ostenditur Alciat. error, qui putauit partium voluntate indiuiduum, diuiduum fieri posse, contra text. in *l. libertus qui post supra de operi. liberto. in. §. 1.* vbi *Vlpianus* inquit, Nec promitti, neque solui, neque deberi. neque peti pro parte poterit opera.] Aliquando tamen ex consensu partium tacito efficitur, vt solutionis diuisio fiat (cũ necessitate rei non possit solida res solui) vel ad æstimationem deuenietur, vt *infra isto titulo. in l. in stipulationibus in. §. operarum*, vt in prima sol. glo. quæ vera est contra Docto. vel in. 2. quam ipsi approbant, & probatur in *l. si quando de oper. liberto.* ibi allega. sed ambæ sol. iunctę tollunt difficultatem, & tunc non vera solutio est, sed voluntate partium, & rei necessitate potius obligationis commutatio; vt dictum est, quod patet, quia modus soluendi, qui ex voluntate partium expediri oportet non in ea re, quę in promissione continetur, non est de natura obligationis: at *in dict. §. operarum*, talis est obligationis exolutio vt tex. inquit ibi, malit libertus, creditore tamen accipiẽte liberatio contingit, quamuis inuitus accipere non cogatur, vt inquit *Vlpian. in l. 3 in. §. idem Iulian. ff. de eo quod cert. loc.* & hic modus intelligendi expresè probatur in *l. qui res in. §. mihi Romæ ff. de solution.* qui vult quod vbi soluitur id, quod promissum est completur obligatio, quod non fit quando aliud pro alio soluitur, sicut in *dicta. l. pretij causa*, dissoluitur quidem obligatio aliud soluendo non tamen completur & hoc est quod elegãtissimè inquit *Marcellus* in hac specie in. *l. solutam pecuniam ff. de solutio.* Solutionis quidem verbum non proficiet; sed satisdationis sufficiet.]

CAPVT XVII.

De insinuatione donationis.

SVMMARIVM.

1 *Insinuatio cuius voluntate fieri debeat.*
2 *Error Caroli Rumi.*
3 *Voluntas donantis, vtrum sufficiat ad insinuationem.*
4 *Vtrum insinuatio hæredis sufficiat.*
5 *Noua voluntas in insinuatione requiritur sicut in dispensatione.*

NVnc de insinuationibus donationum tractemus, potius vt ostendamus à recentioribus esse cauendum, quam quod hæc res sit in difficili, nam in re clara, & legibus definita sępe ipsi tenebras offundunt, videamus ergo quis insinuare donationem possit, vel debeat, vtrũ donans, vel donatarius, vel vterque, an vnus volẽte altero, vel eo inuito, vel eo ignorãte, & quod post mortem donantis, vel donatarij, vel vtriusque, vel hærede petente, vel eo inuito, vel ignorante, sed de donante, vel donatario dicamus imprimis, & dubium non est, cum obligatio, quæ ex donatione inducitur, sita sit ab initio in donantis voluntate, neque inuitus obligari possit, ad ipsum insinuationem pertinere, vt donatio. 500. solidos excedens subsistat, ne inuitus obligetur, & hoc expresè est dispositum in *l. in hac. in §. atque vt ipsa. C. de donatio.* vbi tex. inquit, atq; vt ipsa donatio sita est in voluntate donantis, ita ei liceat donationem suam apud quencumq; ex memoratis intimare,] tex. est ibi adeo clar⁹, quod donationis insinuatio pertineat ad donantem,

donantem, vt nescio quis de hac re potuerit dubitare, qui illam legem non ignorauerit, & ita eam notat *Bar. ibidem, & in l. Modestinus. ff. de donatio. in col.* 1. vbi dicit quod insinuatio est in mera donantis voluntate, quod non malè explicat *Canar. in tract. de insinua. don. in. 1. par. in vers. 4. quaro, & versi. 5. quaro in nu. 9. & 10.* optimè *Aret. in cons. 123 per tot. &* tamen *Caro. Ruin.* satis considéret omisso tex. expresso *dict. l. in hac. in cons. 44. in nu. 21. in lib. 2.* vult à donatario solo posse fieri insinuationē, allegat tex. *in l. cum multa, & ibi Bal. &* tex. in *authen. co decursum, & ibi Bal. C. de donat. ante nupt.* cum tamen tex. in dict. l. cum multæ neque Bal. ibi aliquid probent. tex. verò *in dict. auth. co decursum* expresè cōtrarium dicat, quod vir, vel alius, qui donauerit scilicet si alius donauerit insinuare debet donationem, quod etiam est expressum in corpore vnde sumitur, vt benè notat *Ant. Cana. vbi supr. Bal.* verò, qui in dicta authen. dicit quod potest fieri ab vna parte siue etiam non citata intelligi debet à donante, non à donatario, vt & *ipse* sensit *in dicta l. in hac*, vbi dicit ꝙ potest hoc donator, & fortè absente donatario, non ergo poterit fieri à donatario inuito donatore, quod dubium non est, alioquin inuitus obligaretur, quin imò neque à solo donante fieri posse voluit *Aret. vbi supra, & Tiraquel.* ab vtroque fieri debere post *leges Connubial. in glos.* 6. *in nu.* 10. mihi verò videtur, quod si inuitus sit donatarius, licet possit à donante solo fieri, nihil vtilitatis insinuatio afferat, cum donatatio inuito donatio non quæratur, vt in *l. neque emere, neq; vendere neque donatum assequi. C. de iure deliber.* neq; sufficiet prior volūtas, quæ adfuit tempore donationis, quia tunc inutilis ea fuit, cum donatio eo tempore non valeret, vt in *l. sancimus. C. de donatio.* vbi dicitur quod est pro non scripta quo ad excessū talis donatio, vtroq; autē volēte vt fiat, à quocumq; fieret, etiam extero, valet nedū ab altero ex contrahentibus, cum nō sit actus qui procuratorem fieri prohibeatur, ideo regulę statimus, vt possit quis per alium quod potest facere per se ipsum, neq; intelligas vt voluntas, quæ in donatione inest sufficiat, vt possit donatarius, vel alius insinuare, sed requiritur expresè, vt facultas insinuandi concedatur, alioqui vana essent omnia supradicta, & dispositio *dictæ legis in hac*, neque obstar quod videtur durare eadē voluntas donandi, nisi expresè contradixerit argumento *l. obseruare in fi. ff. de officio procons. & lega.* quia aliud est voluntas donandi, aliud insinuāndi, quod vltimum requirit expressam voluntatem, cum sit de solēnitate, neq; alterum sine altero sufficit, item requiritur insinuatio, vt maior deliberatio donantis ostēdatur, & vt maiori auctoritate firmetur, quod deficeret si non esset alia volūtas specialis, expressa, sed solum illa, quæ ex donatione colligitur, quæ vt dixi inutilis est, & imperfecta, & pro non scripta, vt in *dicta l. sancimus.* Ex his deciduntur ex supradictis quæstiones aliquæ, prima inuito donante insinuationē nullam esse. 2. inuito donatario esse sine effectu. 3. quod requiritur voluntas donantis explicita, vt fiat eius nomine per procuratorem, neq; sufficit voluntas, quæ inest in ipsa donatione, ideo sicut neque inuito, ita neq; ignorāte donāte potest fieri insinuatio, nisi ab eo expresè concessū sit, & tūc benefaceret iudex, si innueret eum citari, vt videatur an eius voluntas duret.

Sed an donāte mortuo? si fiat sine eius volūtate, & inuito herede est species indubitabilis, si verò ipse dedit mandatum ad insinuandū morte spiranit, vt *ff. de donatio. in l. 2. in §. sed si quis*, sed an possit hæres insinuare, & non puro, quia neq; voluntas hæredis sufficiet ibi, sed ipse de nouo donet si velit, & optimè hoc probat *Franc. de Aret. in dicto consi. 123 in. 1. col* per tex. notat. *in l. si ego, in. §. 1. de iure dot.* sed an insinuādo videatur de nouo donare intrabit quæstio, vtrum animus confirmandi sufficiat, vt actus de nouo producatur, de quo aliquid diximus in libello de redditi. ecclesi. in. 1. parte, & alibi dicemus. Sed an mortuo donatario insinuatio donationis valeat, existimo quod valeat trāsmissa donatione tāquā si conditionalis esset donatio, quia contractus conditionales transmittuntur, licet non legata, vt in. § *ex conditionali, insti. de verb. obligati.* ex his si rectè coniicio omnes propositæ quæstiones sunt expeditæ, ad quæ non est ineptum argumentū, q. si cōsanguinei inter se cōtrahūt matrimoniū inutiliter quidē infra quartū gradū, si impetretur dispensatio non sufficit prior consensus, vt matrimonium validetur, sed nouo cōsensu opus est cum scientia dispensationis vt optimè concludit, *D. Martinus Nauarrus in suo aureo manual. confess. in c. 22. in num. 87.*

CAPVT XVIII.

Vtrum actiones loco circunscribantur.

SVMMARIVM.

1 *Appellatione mobilium & immobilium non comprehenduntur nomina debitorum sed appellatione rerum vel bonorum.*
2 *De personalibus quæ ossibus nostris adhærent.*
3 *Quid si contineantur debitum instrumento & nu. 7.*
4 *An eff-ctu & operatione loco videantur inesse & infra nu. 6*
5 *Quid de realibus, & n. 8. & de his quæ competunt pro seruitutibus.*
6 *De intellect. l. 1. C. de donationi.*
7 *Deciditur quæstio notanda.*

APpellatio mobilium & immobiliū actiones, non comprehendit, quia hæ incorporeæ sunt, illa verò corpora, quæ loco circumscribuntur, quod est contra incorporalium retū naturā, quia vt inquit *Thom. in. 1. parte. q. 52. art. 1.* cōmunis animi conceptio inter sapientes est, incorporalia in loco non esse, & ita inquit *Vlpianus in l. si fideicommissum in. §. tractatum ff. de iudic.* quod nō loci sit æs alienū, sed vniuersarū facultatū,] Ideo legatis his, quę quis domi suæ habet, nomina debitorum nō cōprehēduntur, vt in *l. Caius Seius ff. de lega. 2. & in l. si mihi Seio cum alijs allegat. à gl. ff. de lega. 3. & in l. cum de Lanionis in. §. fi. ff. de fundo instr* not. *Bal. in l. 1. ff. de stat. homi.* latè *Tira. in l. si vnquam verb. bonę, de reuo. dona. & in tract. de* 1

vtroque

*vtroque retract. in 1.parte in §.1.gloss. 7.& Costa in
c.si pater de testa.libr.6. 1.parte, in verbo bonis suis,*
quæ vera sunt etiam si signum vniuersale adij-
ciatur, vt in dict. legibus probatur & euidenter
apparet, nam signum vniuersale non mutat
speciem cui subijcitur, appellatione tamen re-
rum simpliciter actiones comprehenduntur,
vt in *tit.instit.de reb.corpora.& incorporali.* & idem
sub appellatione bonorum, vt in *l.nomen C.quæ
rei pignor.obligari poss.* & melius in *l.vxori meæ v-
sum fructum ff.de vsufruct.legat.*

Sed oppono, quod iura & actiones sunt in
loco, primo quia si loquimur de personalibus
actiuis collocantur in persona creditoris, quæ
2 si directæ sint, adeo ei inhærent, vt eradicari
nullo modo ab eo possint, vt nota. in *l.3.ff. pro
soci.& in l.quis ergo casus ff.de pecul.* passiuæ autem
similiter sunt in persona debitoris, *l.debitorum
pactionibus C.de pact. l.si mandato meo, versicul. vel
si nolit creditor, ff.manda.* rursus si nomen debito-
3 ris instrumento sit comprehensum constitue-
tur in loco, vt in *leg.1. C.de donatio.& in l.seruum
filij in §.eum qui chirographum, ff. de legatis 1.*

Et destinatione loco comprehendi pote-
runt & prouincijs distingui. vt in *l.ex facto in §.
rerum autem italicarum, ff. de heredi. institut.* quia
idem ibi esset, si res emptæ nondum essent tra-
ditæ, licet sit argum. contra *dict. leg. si fideicom-
missum in §. tractatum.* vbi *Vlpianus* postquam
dixit. Æs enim alienum patrimonium totum
imminuere constitit, non certi loci facultates.]
subdit, Quid tamen si forte certis oneribus de-
stinatum sit patrimonium? puta alimentis præ-
standis, quæ Romæ præstari pater familias ius-
serat vel tributis, vel quibusdam aliis inexcu-
sabilibus oneribus, an possit præscriptio locum
habere? & hic putem iustius dici locum habe-
re.] & ita *Vlpianus* vult quod non habeatur il-
lius loci ratio, sed infra de hoc agemus.

4 Præterea quoad reales actiones attinet non-
ne rem loco circumscriptam persequuntur? vt
C.si neces.vel reliq.per tot.cum multis aliis, ergo hæ
actiones loco circumscribuntur, item quæ pro
seruitutibus competunt nonne prædio ad-
hærent? vt in *leg.qui aliena, in §.fin.de negotijs
gestis.*

5 Item licet incorporalia nõ sint in loco com-
prehensiuè, effectu tamen & operatione in
loco esse dicuntur, sicut de Angelis Theologi
probant, & Philosophi, scilicet *Thom.ad 3.part.
quodlibet.1. quæst.3. articul.4. & Nemesi. in libr. de
natura homin.* loquens de spiritu inquit, Si dici-
mus esse in loco, id est abusiue propter mune-
ris functionem, locumque pro inclinatione, &
functione muneris accipimus.] Quod etiã ex
hominis natura qui microcosmos recte appel-
latur possumus explicare: is enim in Hispania
existens potest animo & mente vrbem Ro-
mam contemplari, & momento cælum ascen-
dere, & rursus infernum meditari, & per to-
tum orbem & extra vagari operatione sola id
peragens, quod angelicam naturam, & om-
nium incorporearum rerum non male expli-
care videtur. Ergo cum alio modo locus his
applicari non possit, sumi debet eo modo,
quo potest, vt in *l.sed si possessori, in §.item si iura-
uero ff.de iureiura.* & ita verum erit loco isto mo-
do in esse actionis.

Sed his omnibus possumus respondere ad 6
primum, quod actiones inhærent ossibus ho-
minum, vt doctores dicunt, ideo loco com-
prehenduntur; respondetur, hoc efficere, vt
non sint in certo loco, cum non habeat homo
certum locum à natura destinatũ, & hic quæ-
rimus de certo loco, vt legato comprehenda-
tur, & hæc est optima solutio: nam quod non
sit proprie in loco, sed per operationem non
tollit difficultatem, vt statim apparebit ex his,
quæ in actionibus pro seruitutibus dantur, di-
cemus, denique verum est actiones non esse in
loco, de quo quæstio cadere possit.

Quo ad 2. de instrumentis debitorum dico 7
non comprehendi ibi actionem, sed probatio-
nem actionis, vt in *l.cum res C. de probationib. &
in l. non figura ff. de action. & obligation.* aliquin
combusto instrumento actio periret, quod ve-
rum non est, vt in *leg.si chirographum ff. de proba-
tio & in l.in lege Aquilia si delectum, ff.ad l. Aquil.
& in l.ad probationem dominij, C.de probatio.& in l.
testium cum aliis multis C.de testib.* ergo si non cõ-
tinetur instrumento, neque locũ, neque situm
habet in instrumento. neque obstat *d.l.seruum
filij in §.eum qui chirographum, & in dict.l.1.C.de do-
natio.* quia id ratione voluntatis contingit, vt
medium concedens, finem quoque concessis-
se videatur, vt in *l.quamuis simpliciter, C.de fidei-
commiss.& in l.3. in §.qui habet haustum*, ibi, siue
tantum, &c.] *ff.de seruitutib.rustico. prædio.* vnde
cum non vi solius verbi id contingat, sed ex
interpretatione voluntatis colligatur, requiri-
tur vt actio in legato comprehẽdatur, vt sit in-
strumentum specifice legatum, non autem sub
legato eorum, quæ domi vel alio loco sunt, cõ-
tinetur debitum, quod scriptura illius domi
sit, nisi forsan locus esset assignatus vt est arca,
& ad nihil aliud legatum eorum, quæ in arca
sunt possit verisimiliter referri, & ita debet in-
terpretari *dict. lex Caius de legat.2.* melius quam
per *Coll. vbi supra.*

Non obstat *d.l.ex facto.* quia verum est ratio-
ne destinationis patris familias id ad res Itali-
cas, vel prouinciales posse pertinere, & ita loco
cõtineri, sicut de legato instrumenti diximus,
non autem quod verè loco circumscribatur re
ipsa, neque hoc tollit tex. in *l.si fideicommissum in
§.tractatum.* vbi nihil efficit destinatio patrisfa-
milias, vt loco comprehendi videatur, quia id
quoad actionis exercitiũ, quod iurisdictioné
respicit, nõ ad voluntatis quæstionem pertinet.

Ad id vero quod de realibus actionibus dixi- 8
mus respõdemus, quod si loquimur de rei ven-
dicatione, quæ dominiũ continet, cum res no-
stra sit, magis rerũ, quàm actionis ratio habetur:
cũ itaque quis legat res suas, quæ Romæ fuerint,

hæ, quæ vendicari poſſunt cum Romæ ſint, cõprehendentur, ſi vero de hypothecaria, quæ realis eſt, & dominium non reſpicit, ſed reſpuit potius, vt in *l. neque pignus de reg. iur.* dicimus quod operationẽ poteſt dici, eſſe in re paſſiue ſeu potius in rem, vel contra rem: ideo legata illa re ſequitur obligatio illa paſſiua, & actio rem illam: ſed nos loquimur de actiuis actionibus. quod vero de ſeruitutibus dicimus, cum acceſſoriæ ſint, rem ſequuntur, ideo eiuſdem rationis erunt, vt legato prædio quod Romæ eſt, ſeruitus prædij huic legato cedat, remque ipſam ſequatur. Ex his etiam reſpõdetur ad vltimum de inclinatione & effectu, quia illud efficit, vt paſſiue ſit actio in re, non actiuè, prętcrea cum ſit hypothecaria acceſſoria, potius perſonalis actionis naturam inſpicimus, vt comprehendi loco nomen debitoris dicatur vel non: nam ſi perſonalis non venit in legato, neque hypothecaria, quæ ei accedit poterit venire; quod ſi venit perſonalis, veniet & hypothecaria.

9 Ex his poſſunt decidi multæ quæſtiones, ſed vnam nunc proponamus. Priuilegio Romæ cautum erat, vt de his, quæ fuerint Romæ, vel intra tot milliaria, poſſit quis adeo libere diſponere, vt & ſpurijs, & inceſtuoſis filiis relinquere liberum ſit. finge quem habere bona in prouincia, quæ Romam adducere deſtinauit, & forte aliquod debitum Romę exſoluendum fuit contractum, an hoc poſſit filio inceſtuoſo quis legare, & dicto priuilegio comprehendatur; reſpõdeo non, vt in *d. l. ſi fideicommiſſum, in §. tractatum.* quia non agimus de interpretanda voluntate teſtatoris, vt eius deſtinatio attendatur, ſed dantis priuilegium, qui de alterius deſtinatione non curauit. Ex his videtur decidi illa quæſtio, vtrum Epiſcopus, qui ob aliquam iuſtam cauſam exiuit à ſua diœceſi eo animo, vt breui eſſet reuerſurus, gaudeat alternatiua, & videtur quod non, quia agimus de interpretatione gratiæ ſummi Pontificis, qui alternatiuam conceſſit; ideo animus Epiſcopi reuertendi non debet mutare Principis conceſſionem, ſed contrarium verius videtur per *l. 3. ff. de diuort. & l. quidquid de reg. iur.* & idem videtur ſi nondum diœceſim ingreſſus fuiſſet, ſed pararet ingredi, & itineri erat accinctus atque *l. pen. ff. de militar. teſtam. & per Fel. in c. cum à Deo, verſic. de deſtinato. extrau. de reſcript.* non obſtant ſupra dicta, quia hic agimus de redeundo ad ius commune, quod ſine culpa quis amittere non debet, iure autem communi ad Epiſcopum pertinet prouiſio omnium beneficiorum, quæ ſunt in ſua diœceſi, vt *c. omnes baſilicæ.* ideo fauorabilis debet fieri interpretatio, vt ius commune ſibi conſeruetur. nam quod in alternatiua continetur potius eſt pœna non reſidentis, quam reſidentis priuilegium, ſi ius commune attendas, & licet verba conceſſionis alternatiuæ aliud in iure videantur, tamen propter noſtrum affirmare vel negare, nihil mutatur in rerum natura, vt in *leg. ornamentorum ff. de auro & argen. legat.* vide quę diximus in lib. 1. harum interpretatio. in c. 12. in numer. 1. cum ſequent. ſed ne in cauſa propria reſpondere videar, alijs iudicandum omitto, & alias multas quæſtiones circa dictam alternatiuam, vtrum ſufficiat partem menſis reſidere, vt eius menſis gaudeat alternatiua, vel cuiuſlibet diei, cum beneficij vacationis ratio habeatur ſummo iure agendo, alij iudicabũt. Quod ſi materia non ſit talis, vt de redeundo ad ius commune agatur, ſed potius vitiatur ius commune, vt in priuilegio vrbis Romæ, illius, de cuius diſpoſitione agitur, non alterius attendetur deſtinatio: nam & mens diſponentis efficere poteſt, vt res cenſeatur in loco, etiam ſi loco non ſoleat comprehendi, & ita reſponde ad multas leges, quæ in contrarium adduci poſſunt, vt in *l. quæſitum in §. ſi quis eodem, & in l. cum de lanionis in §. Sabin. cum mille alijs, ff. de fund. inſtruct.* & melius in *dict. l. quæ ſit in §. pen. qui incipit Papinianus,* vbi ex coniecturis loco comprehenduntur cautiones debitorum emptioneſque ſeruorum; crederem tamen in ſpecie dict. priuilegij Romani, quod ſi res quæ in prouincia ſunt deſtinatæ, vt Romam aſportentur, ſemel Romæ fuerunt, & ad breue tempus tantum in prouinciam fuerunt adductæ, quod in dicto priuilegio comprehendentur, & ita legari poterunt ſpurijs per ſupra dicta, & facit text. in arg. in *leg. prædia in §. affin. eod. titul. de fund. inſtruct.* melius probatur in *l. ſi quis poſt hanc in verſic. data C. de priuat.* quia loquitur de poteſtate, de qua nunc agimus, non de voluntate.

SELE-

SELECTARVM INTERPRETATIONVM

LIBER SEPTIMVS.

SERIES CAPITVM LIBRI SEPTIMI.

CAPVT PRIMVM.

De censibus.

SVMMARIVM.

1. *Emptio sine pretio & merce consistere non potest, & num. 22.*
2. *De intellect. l. si iactum retis de empti action.*
3. *Venditio natura sua obligationem personalem producit.*
4. *Contractus est potius realis, quam personalis.*
5. *Pecunia pecuniam parere non potest, ideo vsura est contra naturam rerum, neque ex pecunia lucrum sine periculo constitui potest. & num. 6.*
6. *Differentia inter res quæ vsu consumuntur, & alias res.*
7. *An aliquo casu pecunia sine periculo certum lucrum dare possit.*
8. *Contractus qui possunt fieri cum pluribus, possunt fieri cum vno.*
9. *Fallit in aliquibus speciebus.*
10. *Intellect. c. nauiganti.*
11. *Spes lucri pecunia redimi potest à contrahente, vel à tertio.*
12. *Sed non ab initio.*
13. *Census pecuniarij præexistente legitima materia legitime vendi possunt.*
14. *Quando producitur materia in ipso contractu, quæ non est cognita iure communi, suspectus est contractus, & illicitus.*
15. *Emptio, & venditio ex natura sua obligationem personalem non realem producit.*
16. *Quid hypotheca faciat in venditione.*
17. *Quid sit census iure communi.*
18. *Census de iure communi an essent cogniti.*
19. *Ad naturam emptionis debet census reduci.*
20. *Pactum redimendi natura sua est optimum venditori.*
21. *Assecuratio fructuum & eorum ad pecuniam redactio est suspecta.*
22. *Si merx reducitur ad pretium ab initio corrumpitur venditio, secus contractu iam perfecto.*

23. *Error D. Martini Nauarri.*
24. *Pactum quod subtrahit materiam emptionis, & venditionis efficit, vt census non sit rectè constitutus.*
25. *Census super omnibus bonis potest imponi.*
26. *Pactum quod census non possit redimi per partes sed totum, non est reprobatum.*
27. *Census super omnibus bonis est suspectus.*
28. *Censualis contractus an obligare possit personam re vendita, vel alienata.*
29. *Census super re aliena emptus ab ignorante efficit vt possit pretium & census decursi exigi.*
30. *Census super persona constitui non potest.*
31. *Potest quis aliquid promittere gratis, ergo potest per pecuniam: est mala consequentia.*
32. *In censu non redimibili potest cadere vsura.*
33. *Solutio per partes in pecunia est eiusdem vtilitatis.*
34. *Pœna obligationi pecuniariæ adiecta est vsura.*
35. *Quid differt inter censum, & mutuum ad tempus.*
36. *Promittere singulis annis alicui personaliter, quando liceat.*
37. *Opera non venduntur, neque locantur in perpetuum.*
38. *Ab initio non potest ad pecuniam operarum obligatio reduci.*
39. *De censibus ad vitam.*
40. *An census possit vendi minoris quàm ad rationem quatuordecim.*
41. *Vtrum pactum de redimendo pro parte recipiat æstimationem.*

SVpra in libr.1. harum interpretatiunũ in c.11. visum est quam potestatem habeat quis in rerum suarum dispositione, qualiter etiam dominus qui potest res suas iactare & perdere, & quarum est moderator & arbiter, non potest ex causa vsurarum vel alia simili ex causa obolum promittere, vt ibi latius dictum est, nunc vero operę pretium erit disputandi potius, quàm decidendi causa videre, quam potestatem quis habeat in censibus constituendis: & duo præmittenda sunt, pri-
1 mum quod sicut emptio sine pretio consistere non potest, vt in §. *pretium & in §. item pretium, instit. de emptio. & venditio. & in l. 2. ff. de contrahend. emptio. & in leg. empti fides C. eodem titul.* ita non potest esse sine merce, & re quæ vendatur, vt in *l. 1. ff. eod. titul. & in l. neque emptio.* merx autem seu materia super qua emptio, & venditio cõsistere possit, potest esse non solum in his, quæ in actu sunt, verum in his, quæ habent verisimilem potentiam, cuius spes pro merce habetur, ideo & iactum retis emere possunt, vt in *l.*
2 *si iactum retis, ff. de action. empt. & in l. neque emptio, ff. de contrahend. emp. supra allegata*, si eo loco iaciatur, quo spes aliqua sit probabilis piscandi, secus autem si non sit, vt si iactum retis in puteo, vel alio loco in quo certo scimus pisces nullos esse, emam: non enim possunt partes mercem, quæ non est, neque futura est, si id scitur fingere, alioqui iactum retis piscatorij in sicco posset quis emere, quod nemo sanus fecerit neque dixerit, licet *Martial.* sanum venditorem talem, emptorem vero insanũ iustissimè iudicaret, vt de versibus ineptorum poëtarum inquit:

Vendunt carmina Gallus & Lupercus,
Sanos Classice nunc nega poëtas.

& facit ad supradicta text. in *leg. si sterilis ff. de actio. empt. & vendit.* merx ergo quæ est, vel quæ futura esse potest in emptionem cadit, sic fructus nascituri, sic partus ancillæ vendi potest, vt in *dicta l. neque emptio.*

Harum autem rerum dupliciter fieri venditio potest, vno modo vt spes vendatur simpliciter, vt iactus retis, quidquid in hoc prædio nascatur, vel non nascatur: altero modo non simpliciter, sed habita rerum ratione spe reducta ad actum, vt singuli pisces singulis denariis vel argenteis, ex hoc prædio singulos corbes frumenti singulis aureis: prima species solo iactu, & spe innititur, secunda vero species rem actu desiderat. hęc probantur in *dict. l. neque emptio & ibi gloss. in verbo ne nascatur, cum legibus ibi allegatis.* facit text. in *l. quod sæpe in §. in his, & in l. qui fundum in §. qui agrum, ff. de contrahend. empt.* & hoc est euidens, denique sine materia, vel eius spe emptio consistere non potest, neque partes materiam vbi non est fingere possunt, quia non possunt remittere substantialia contractus per supradicta, & probatur etiam in *leg. cum in venditione, ff. de contrah. empt. & in l. obligationum ferè, in §. placet ff. de actio. & obligat. & in leg. nemo potest de legat. 1.* optim. text. in *leg. pacta conuenta. ff. de contrah. empt.* ibi, Quoniam emptionis substantia consistit in pretio.] facit text. in *l. 1. ff. de rerum permutatio.* ibi, cum debeat & res & pretium esse.] Prædicta tamen vera sunt, nisi ab ignorante emptore id fiat bona fide, tunc enim licet verè emptio non consistat, ad id quod interest, exempto agi poterit, vt in *dict. l. si sterilis de action. empt. & in l. 4. cum sequen. & in leg. domum, & in l. liberi hominis.*

Secundò præmittendum est quod ex natu- 3
ra sua contractus emptionis personalem obligationem producit, ideo venditis fructibus prædij, si postea prædium vendatur, non potest agi pro eis cum emptore, sed venditor tenetur ad id quod interest, vt est text. in *l. fin. in §. fin. ff. de contrah. empt.* non tamen inconueuit, vt res pro illis possit subijci hypothecæ, & alia bona, & dari etiam fideiussores; quia hæc accedere possunt cuilibet obligationi, vt in *l. 1. & 2. ff. fideiussori.* sed, etiam vbi emptioni hæc accedunt, venditor liber efficitur tam obligatione personali quàm reali accessoria, si vendiderit rem non alienam, eamque tradiderit, vel si res post venditionem perierit, neque contrarium caueri potest, vt in *l. non moriturum C. de contrah. stipulatio.* & inf. dicemus. & ideo si venditoris culpa non interueniat, puta rem alienam ven-
dendo, nõ potest perpetuo teneri: ideo verius 4
est census contractus, qui hodie celebrantur ius reale transferre, licet persona vendentis etiam obligetur. & similes esse hos contractus venditioni seruitutis realis, vel vsus fructus cum rem sequantur, & perpetui sint, quod nudæ obligationi personali aduersatur, licet *R. Episc.*

Episc. Segobiens. in libr. 3. variarum resolutio. in c. 7. velit præcipuam obligationem esse personalem cum tamen realis sit, cum perpetuo prædium teneatur, & ius in te constituatur, vt in vsu fructu & seruitute vendita dicimus, vt in *l. 2. de vsufruct.* cum & ipse non possit non fateri, vt fatetur in numer. 6. maius ius hoc esse, quam vulgaris hypothecæ, & ita explicatur natura huius contractus, quæ forte à nullo est intellecta, saltem nullus sic penitus interpretatur.

5 Tertio est permittendum quod vsuræ iure diuino sunt prohibitæ, & quodammodo & naturali, sunt enim contra naturam, nam *Arist. in politic. lib. 1 cap. 6.* dicit vsum pecuniæ commutationem esse, quod autem pecunia pecuniam pariat, modus acquirendi est κατὰ φύσιν, id præter naturam interpretantur traductores, sed & contra naturam dici potest, cum partus pecuniæ esse non possit natura ipsa, neque rei institutione, & *Plutarchus in libell. de vitand. vsur.* loquendo de fœneratoribus ita inquit, Naturalia quoque derident, quæ asserunt ex nihilo nihil gigni posse? quandoquidem apud illos ex eo quod non est neque vnquam fuit vsura generatur.] & licet pecunia quæri possit, & augeri negotiatione valeat. nam res, quæ ipsa emutur, vendi maioris possunt, quã emptæ fuot, tamen id magis operæ quàm pecuniæ fructus est, & diligentiæ, idque consumptione pecuniæ fit, & id non omnino certum, sed contingens est, cum eodem modo sæpe non solum pecunia nõ augeatur, verũ minuatur, & perdatur, & ideo fieri nõ potest, vt mutuans à debitore fructũ certum secũdum naturã exigere possit: nam sola pecunia id non parit, diligẽtia autem debitoris mercaturam exercentis pecunia à me data io mutuum, oeque hoc efficere potest, aut considerari, nam dando pecuniã mutuo sub certo lucro libero à periculo operam videor prohibere: nam licet opera & industria possit pecunia augeri ipsa negotiatione, potest tamen & minui: oegotiatio enim incerta res est, tam ad lucrum, quàm ad damnum exposita & procliuis, hoc autem subuertit, qui lucrũ certum exigit, & rem ipsam sine periculo, & ita lucrum extra omnem casum constitutum quod naturæ ipsi repugnat, vt ex pecunia sola ab omni negotiationis periculo subducta fiat acquisitio. nã contraria velle videtur, qui vult pecuniam perire nõ posse, & quod eadem pecunia negocietur, quæ contrarietas io his censibus solet incidere, dum cauetur, vt etiam si fructus nou colligantur census soluãtur, quod vsurarum naturam præ se fert, neque hoc in aliis rebus, quæ vsu non consumuntur accidit. hæ enim res natura producere fructus sunt aptæ, vel vsum habeut vtilem sine cõsumptione, nam et si prædium fruges sioe opera, & labore hominis non producat, id tamen dissimile est: nã neq. æqualis industria requiritur, & maior pars naturæ tribuitur, quæ diu noctuque, etiam homine quiescente operatur, ideo maius est factum rei ipsius vel naturæ, non enim sic homo continuo agit, neque agere potest, imò vbi actus hominis est necessarius seruitus non potest esse continua, sicut quando natura operatur fit: præterea productio fit in illis rebus sine rei consumptione, vt diximus, quod in pecunia fieri non potest, in qua dominium rei nõ secernitur ab vsu, vt late diximus in libr. de reditibus ecclesiæ in. 1. parte & in eius defeosio. in. 1. parte circa monitum 12. item in prædio productio est intrinseca ex re ipsa, licet admioiculo extrinseco, quæ intrinseca productio non potest cadere in pecunia, & ideo illa naturalis, hæc quæ ex vsura contingit præter naturam, imo cõotra naturam est adquisitio.

Nec quod domus reddat pecuniam ex locatione, huic simile est. nam venditur vsus ille, cui res est destinata, vsus inquam etiam cum rei deterioratione, vel cum damno meo, qui re illa, dum loco, vti prohibeor, qua vti poteram salua substantia rei, & periculũ est meũ, si res ipsa casu periret, at in mutuata pecunia oeque periculum est creditoris, neque vendi potest rei vsus cuius nullus est nisi in consumptione, denique pecunia neque oatura absolote neque oegotiatioe pecuniam parere potest, nisi cum periculo perdendi ipsam. 6

Quid igitur, nullo ne casu pecunia absque vsura pariet pecuoiam, sine periculo? & videtur posse. finge frumentum, vinum vel oleum, vel alias merces in Sicilia viliori pretio vendi, tu nauem onerariam, seu frumentariam paratam nauigationi habes, pecunia cares: ego Romæ existens, vbi hæc magno pretio veoduntur, pecuniam in arca habeo nulli vsui destinatam. & cum lucrum maxime speretur, si merces illæ ex Sicilia asportentur, quod tu sine pecunia, ego naui facere non possumus; conuenit inter nos, vt ego quidem pecuniam mille, qua his mercibus, opera, & naui tua, emptis, & Romam asportatis huius lucri participes simus, quo pecuniam hanc ad triplum crescituram verisimile est, & ita ducatos meos mille hac oegotiatione alios mille reddituros, tibi vero ob operam, & nauim alios mille. contractus hic societatis ita initus, vt damni, & lucri participes simus, legitimus est, & ab vsuraria prauitate remotus, cum meræ societatis sit. Sed finge alium mercatorem huius negotiationis certiorem factum hanc lucri spem, quod futurum mille verisimile, est quingentis aureis à me emere, ita vt hoc lucrum quingentorum & capitale mihi saluum & sine periculo sit, certe & hic secundus contractus nullum continet vitium, quia hæc spes & emi, & vendi potest, vt in *dict. l. Si iactum retis, de action. empt. & in dicta leg. neque emptio de contrab. emptio.* & probatur in *l. periculum, ff. de nautic. fano.* ecce quod pecunia mea 7

Franc. Sarmient. Ii 3

mea recte pecuniam parit sine periculo, quod si hoc licet cum duobus contrahentibus efficere, quare cum vno non licebit? vt tecum qui nauim habes hanc conuentionem facere possim, vt mihi pecunia mea cum quingentis lu-
8 cri nomine salua sit, cum regula iuris sit, vt contractus qui fieri cum pluribus possunt, fieri possunt cum vno, vt voluit *D. Nauarrus in suo manual. confessor. in c. 17. in num. 255.* Et in materia vsurarum in *cap. 1. 14. quaest. 3.* sed licet ipse non alleget, est expressum in *leg. singularia, ff. si certum petat.* ibi, Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc in eadem persona recipiendum est.] & licet ab Vlpiano, illius legis auctore, videatur dissentire *Africanus in l. qui negotia. ff. mandat.* vt animaduertit *Cuiac. in libr. 8. obseruationum in c. 8.* id tamen eo pertinet, vt contractus mutui consistere possit, vel quod alius sit contractus, non tamen vt conuentio illa seruanda non sit, in quo nulla est controuersia, quod sufficit ad propositam à nobis quaestionem, & facit text. in *leg. si tibi pecuniam, ff. si certum petat.*

D. Mart. Error. Verum tamen est quod licet regula praedicta vera sit, aliquando tamen prohibetur fieri duo contractus ab vno, qui tamen permittun-
9 tur fieri à pluribus seu duobus, licet *D. Martinus* dicat non esse tex. in mundo, sed errat, nam hoc est expressum in *l. si sub imagine C. de distractio. pignor.* & in multis alijs iuris partibus hoc idem potest obseruari, nam si Titio quingentos aureos donem, Sempronio totidem, similiter & Caio, sine insinuatione donare possum, sed vni eorum haec omnia sine insinuatione donare non possum, sicut etiam possum ei, qui partem solum capere potest totum cum alio legare, cum tamen non possim ei soli, hoc etiam contingit in legibus nostri regni, in quibus potest quis facere vnicum contractum non duos, licet diuersae personae facere eos possunt: potest enim quis locare fructus, non tamen eos vendere alij potest, cuius legis ad aliud fuit memor *idem D. Mart. in eodem for.* & ob eam millies regibus nostris benedixit in *dicto c. 1. num. 30.*

Item in *eisdem legibus in l. 22. in tit. 11. in lib. 5. in noua copilatio.* vnus & idem prohibetur facere duos contractus, qui in pluribus sunt permissi. nam mercatores prohibentur emere per se, vel per alios quod ipsi semel vendiderūt, quod originem habuit ex *dict. l. qui sub imagine,* sic per contrarium potest quis contrahere matrimonium cum quolibet ex duabus sororibus, sed non cum vtraque etiam successiuis temporibus, etiam altera postea mortua & probatur etiam in *leg. cum ipse tutor. C. de contrahend. emptione.*

Sed quid opus est multa de hoc dicere, cum habeamus in hac materia vsurarum text. expressum secundum intellectum communem, quem *ipse Martinus* probat in *c. nauiganti extrav. de vsur.* vbi text. inquit. Nauiganti, vel eunti ad 10
nundinas certam mutuans pecuniae quantitatem eo quod suscepit in se periculum, recepturus aliquid vltra sortem, vsurarius est censendus.] Ecce text. vbi prohibetur mutuanti aliquid propter periculum assecutationis, quam vocant, accipere, cum possit hoc tertius, vel ipse, si tertio assecuraret, accipere, & *idem D. Martinus.* hoc notat in *num. 5.* vbi inquit. Esto no comprehende al que assegura sin prestat y al otro si.] Qui intellectus verissimus est, quādo assecuratio fieret simul cum ipso contractu mutui ante eius perfectionem, secus si eo iam perfecto nulla conuentione tacita vel expressa praecedente, quae est singularis interpretatio ad illum tex. vt inf. dicemus, licet ad dictum c. ipse posset respondere, vt intelligatur quo ad forum exterius, non in conscientiae foro: tamen hoc nihil obstat, cum de foro exteriori agatur. praeterea quare dictus text. & dictae leges, cum iustae sint, non obligabunt in cōscientia, licet ad tollendas fraudes sint inductae: nam & omnes leges, quae solemnitatem inducunt, obligabunt in conscientia. nam sine insinuatione non poterit quis in conscientia donata vltra modum retinere. multa his similia adducere possemus, & hoc licet quo ad *dictum c. nauiganti.* sit dubium, quia non expresse prohibet, sed indicat, quo ad dictas tamen leges verissimum est, licet etiam in dicto c. dici posset & prohibitionem inesse: denique in multis iuris partibus possunt fieri actus inter plures, qui non possunt fieri ab vno, sed vt diximus regulariter verum est, quod in pluribus personis accipitur, & in vna accipiendum esse, vt *Vlpian.* ait, quia vnus in contrahendo potest fungi persona duorum multiplicando contractus.

Et vt clarius hoc intelligatur, finge contracta 11
prius prima societate cum Titio Romae existēte, & domino nauis, ita vt Titius mille aureos ponat, & dominus nauis nauē, & operā suam, partibus damni & lucri aequalibus constitutis, postea dominum nauis à Titio petere, vt loco lucri (quod ad partem suam spectabit, contentus sit quingentos aureos finita negotiatione saluos sine periculo accipere vltra suum capitale mille, omniaque periculo suo dominum nauis recipere soluenda dict. mercib. venditis, denique velle assecurationem, quam vocant, facere, quam tertius facere posset, scilicet vt cōtentus sit Titius solum quingentis aureis pro lucro, qua conuentione sperat dominus nauis conditionem suam longe facere meliorem, quam erat ex priori cōtractu: vel finge si grauis haec summa videtur quingentorū, solum 300. vel 200. vel 100. nihil enim interest, promittere dominum nauis, quia vsura ita in paucis consistere potest, sicut & in multis. nam vsurarius erit qui mille aureos mutuat, vt vltra sortē vnus aureus sibi singulis annis detur, sicut si 100.

ſi 100. ſtipularetur, licet improbior hic ſit, ſed vterque eſt vſurarius, quia differunt ſecũdum plus & minus, non differunt in ſubſtantia, vt in *l. fin. ff. de fund. instruct.* quamuis alia ratione improbior dici poſſit, qui ita leui lucro & tentationi ſuccumbit, ſicut dici ſolet de eo, qui cũ deformi & turpi fœmina fornicatur. per gl. in *c. furante, 14. q. 6.* Si ergo diuiſim hæc fieri poſſunt & ab eodem & à diuerſis, quare nõ ſimul & breui manu fieri poterit, ſi lucrum magnum ſit veriſimile, imo ob oculos obuerſetur? & quare huius magni lucri pars certa promitti non poterit? vt alia remaneat apud dominum nauis. nam illũ pro opera ſua, & naui veriſimile eſt habiturum alia mille, & facta iſta conuentione, ad minus veriſimile eſt lucraturum alia quingenta, quibus ille dubius euẽtus; qui ex communi opinione dubius non eſt, mille quingentorum ſumma redimitur, & ita iſte totus contractus videtur legitimus. quid dicemus? an ex ſocietate poterit quis certum lucrum ſtipulari citrà omne periculum? an potius vſuram iudicabimus, quod contractus iſte in mutuum conuertatur? argum. *leg. certi condictio in §. depoſui, ff. Si cert. petat.* quaſi hæc cõuentio notiſſimos terminos ſocietatis egrediatur mutuumque vſurarium fiat, argumento *l. Lucius. ff. depoſit.* & probatur eleganter in *leg. hominem in § quoties, ff. eod. tit.* ibi, Eorum, qui poſtea vſuras acceperunt ratio non habeatur, quaſi renunciauerint depoſito. Sic in ſpecie propoſit. ex ſocietate videtur fieri tranſitus ad mutuũ vſurarium, cum periculum debeat eſſe vnius ſolius, lucrum vero certum ex parte alterius, quid dicemus? certe hic caſus adeo rarus eſt, totque circumſtantiis vallatus, vt etiamſi legitimus foret, non inde regula erit aſſumenda, alioquin facillimè irreperent vſuræ. plura enim concurrunt, quæ non facile coniungi poterũt. primum quod ex inconſueto caſu, & quaſi illius oblatæ occaſionis fructus colligere videatur, non ex ſola pecunia mea, neque ad mutuũ motus, ſed ad ſocietatem: ſi enim pecuniæ ſuæ non oblata occaſione tali extrinſeca, ſed pecuniæ ipſius fructum non negotiationis quærit, vſura contrahitur manifeſta.

2. Quod hæc occaſio adeo euidentem præ ſe ferat vtilitatem, vt partem lucri certam ſibi reſeruando, & periculum redimendo, potius dãnum ex grandi lucro, quam lucrum eligere videatur: ſi enim non adeo eſſet veriſimilis vtilitas domini nauis ita paciſcentis, eſſet manifeſta vſura. Sed neque adhuc hæc ſatisfacere videntur, niſi & optio detur domino nauis pecuniã accipientis, vtrum potius velit quingentos lucri nomine certos, vel dubiam partem domino pecuniæ relinquere, ita vt liberum ei ſit, vel habere ſocium, vel prædictis quingentis à ſocietate expellere: in qua ſpecie legitimus videtur hic contractus, & ab vſuraria prauitate alienus: nam ex prædicta optione purgatur omne vitium, vt eſt expreſſum in *l. Si ita ſtipulatio, ff. de oper. liberto.* Si recte conſideretur, & nos interpretati ſumus ſupra in lib. 5. circa *l. Gallus in principio in numer. 46. & 47. ff. de liber. & poſthu.* vbi omnino videatur, & hoc probat elegantiſſime *Terentius Clemens in leg. fin. ff. qui & à quibus.* vbi interpretando legem aliam, quæ prohibet à libertis pecunias exigere, & operas ſtipulari, promittit, inquit, is qui operas, aut in ſingulas certam ſummam promiſit, ad hanc legem non pertinent, quia operas præſtando poteſt liberari.] & ideo leges noſtri regni, quæ iubent, vt non valeant cenſus in tritico ſoluendo, vel aliis fructibus, forſan interpretari deberent, niſi debitor id ſoluere eligat, quod maximam æquitatem habet. Sed quid ſi hæc optio deficiat? quid denique ſi prius inter dominum pecuniæ & alium mercatorem ita conueniat, vt ſi cum domino nauis poſitis mille aureis ſocietatem contrahat pro emptione dictarum mercium, ipſe, pro lucro partis ſuæ quingentos indemnes promittat, an ita contrahere liceat? quod ſi liceat, quare non hæc omnia cum domino nauis dominus pecuniæ in cautionem deducet? Sed negari non poteſt hoc ſuſpectionem habere, cum ex promiſſione præcedenti ad mutuum cum fœnore potius, quam ad ſocietatem accedat dominus pecuniæ, & ita potius lucrum ex perſonali obligatione, quam ex negotiatione videatur ſpectare, vel quærere: ideo verius puto hanc ſpeciem longe à ſuperiori, in qua optio offertur differre. nam in hac mutui potius neceſſitate, quam arbitrio libero lucrum offertur, & color quæritur, vt fraus legi fiat. nam ſi ita euidens eſt lucri ſpes, non grauarè optionem pecuniam accipienti concedere debet, quod ſi non adeò ſibi arridet hæc ſpes, ergo lucrum à pecunia non à negotiatione expectat, ideo certum lucrum pro incerto accipiendo vſurariam prauitatem committi. Verius igitur eſt prædictos contractus vſurarios, & illicitos eſſe, non enim ex eo quod tu ex pecunia mea multum lucratis, vt puta mille, vel damno magno propter eam liberaris etiam vltra centum millia, vt ſi pecunia mea commiſſum vites maioris quãtitatis, centies, vel millies, vel ſi hæreditatem lucreris opulentam implendo conditionem de dandis mille, non inquam, quod ex pecunia mea talem conditionem cum magna vtilitate impleueris, ob id ex mutuo meo poſſum à te partem illius vtilitatis exigere etiam minimam, quin vſura ſit manifeſta, vt dicemus in c. ſequen. denique lucrum debitoris non efficit iuſtam cauſam creditoris niſi ex negotiatione ex qua periculum ineſſe poſſit, id lucrũ percipiat non certum, ſed ex euentu.

Præterea vt infra latius oſtendemus, ſubtrahitur ab initio per iſtas conuentiones materia contractus, ſine qua conſiſtere non poteſt, & ita licet aſſecuratio & à tertio, & à contrahente fieri poſſit ſine crimine, & vſuraria prauitate, tamen ab initio ante perfectio- 12.

nem prioris contractus, neque debitor, neque extraneus id facere potest, quia pecunia sine negotiatione dantis vel eius periculo pecuniam parere non potest, quod esset in propositis speciebus, quod sine vsura contingere non potest: nam si id fiat cum tertio, ante tamen perfectionem prioris contractus ei adiûgitur, & pars illius efficitur: non enim aliter contracturus esset, nisi præcederet ea assecuratio, quæ efficit vt nihil ego aliud in effectu quam mutuum cum lucro efficiam, & ideo si tibi credam mille aureos vt emas triticum, ita vt lucrum ex negotiatione mihi in centum sit securum, promittente id Caio, vt id quod superfit sit ipsius Caij, inter me & Caiû vsura est manifesta, nam breui manu occultatur contractus: vere enim inter me, & Caium contrahitur mutuum, & inter Caium, & re societas, vt in simili dicitur in *l. singularia in fin. ff. si certum petat.* quod etiam eleganter dicit *Vlpian. in l. 3. in §. si debitorem, ff. de donat. inter virum & vxorem.* ibi, celeritate coniungendarum inter se actionum vnam actionem occultari.] Quod si perfecto iam priori contractu libere & non necessitate prioris contractus, expressa vel tacita hæc assecuratio fiat, legitima est, & omni vitio remota, multum enim interest vt infra ostendemus per *l. pretij causa, C. de rescind. vendi.* quod ab initio vel ex post facto id fiat, licet contrarium male teneat *R. D. Dominicus de Soto in libr. 6. de iustit. & iure, in quæst. 6. in artic. 1. & D. Martin. Nauar. in dict. c. 1. 4. q. 3. in num.* 34. ex quibus multa quæ ibi ponuntur sunt periculosa, sed hæc infra latius interpretabimur in materia censuum, quotum ergo hæc omnia prælibauimus, ideo eam aggrediamur.

13 In censibus igitur ex his omnibus supradictis prima regula constitui potest, vbicumque præexistit materia apta ad emptionem & venditionem, vera & non imaginaria, non composita, vel conficta licite census redimibilis vel simplex constitui potest, non minus quam si res aliæ vendantur. exempli gratia, Princeps ex vectigalibus suis quolibet anno haber centum millia, ex his potest vendere ius percipiendi centum cum pacto de retrouendendo, vel sine eo absque vsutaria emptoris prauitate, licet possit etiam alia cadere iniustitia, scilicet exigui pretii. nam præexistebat materia antequam hic contractus iniretur; ideo legitimus est hic contractus, & lege ciuili canonica permissus, neque obstat quod infra dicemus quod vtrimque sit pecunia, quia hic non venditur pecunia, sed ius percipiendi, iam ante formatum & productum.

Itaque si quis habeat annuos redditus legitime constitutos vel ex vectigalibus, vel ex iure emphyteotico, potest eos vendere, vel eorum partem cum pacto de retrouendendo & tutus erit in foro exteriori, & conscientiæ emptor, sicut si aliam quampiam rem emeret, quia præexistit materia ante contractum.

Si vero materia non præexistat ante contractum, sed producitur in ipso contractu, tunc si materia est cognita de iure communi, & approbata, qualis est materia, quæ licet non sit actu tempore contractus, est tamen potentia, & idem erit, veluti si vendas vsum fructû prædij tui, cuius eras plenus dominus, licet in eo non esset ante venditionem vsus fructus formalis, qui est seruitus, quia res sua nemini seruit, vt in *l. vti frui. ff. si vsusfructus pet. & in leg. neque pignus, ff. de reg. iur.* educitur tamen de potentia materiæ per venditionem illud ius, & ita vsusfructus, & quælibet seruitus potest constitui venditione, vel donatione, vel alio contractu, vt in *l. 3. ff. de vsufruct. & in §. constituitur, instit. eodem titul.* & vt dixi de potentia materiæ extrahitur, & efficitur vsus fructus ille, qui ante erat materialis, & causalis per adiectionem formæ. 14

Si vero materia non est cognita de iure communi, neque ordinaria, sed quæsita, & tunc res est in difficili, quia videtur color quæsitus vt pecunia sterilis concipiat cum voluptate, pariat autem cum dolore, & iniquitate, & sine materia inducitur forma, & obligatio, quæ sustineatur solo consensu, quod fieri non potest in obligatione, quæ re debet contrahi, vt probatur in *leg. rogasti, in §. si tibi decem, ff. si cert. petat.* ideo vsura ex mutuo, quod sola re contrahitur non naturalis est, sed naturæ aduersa, & ita in censibus in quibus contrahentes non habent intentionem fructus emendi, sed pecuniæ certum fructum quærunt, non sunt vsurariæ prauitatis expertes, intentio enim hæc sola faciet contractum vsurarium & prohibitum, vt probatur in *leg. fin. in § fin. ff. qui & à quibus.* vbi hoc est expressum, in versicul. & adducit, quem infra referemus. cuius enim finis malus est, ipsum quoque est malû, & quod intentio sola in vsura sufficiat volunt doctores in *c. ciuitate de vsur.* vbi *Anania. ante num.* 14. & nota quod non erit hæc vsura mentalis tantum, de qua per doctor. in *c. consuluit de vsur. & in dicto tractat. de contract. in princip. in nu.* 7. sed realis, & actualis, quia ex conuentione accipitur vltra sortem inito contractu qui intentionem occultet.

Sed vt in rem penitus inspiciamus, cum horum censuum constitutio ad contractum emptionis, & venditionis reducatur, videamus quæ sit emptionis natura, & in primis vt supra tetigimus, certum est quod contractus emptionis & venditionis ex sua natura in obligatione personali consistit, ita vt siue fundum vendam, siue meum siue alienum, non ex hoc ius in re constituitur, sed obligatio personalis oritur, adeo quod si postea vendam alij vel donem & tradam, iste secundus dominus fiat, vt in *leg. quoties, C. de rei vendicatione, & in §. per traditionem, instit. de rerum diuisio.* quinimo si fructus prædij mei pro decem, vel aliis annis tibi vendam, & rem alij postea 15

postea simpliciter donem, & tradam, secundus ad fructus prius venditos non tenetur, vt in *leg. fin. in §. fin. ff. de contrahend. emption.* & ita vendendo census secnndum naturam emptionis, non videtut transire ius in rem, sed non est contrarium emptioni quod hypotheca pto firmiori contractus obseruatione adijciatur, vt in *leg. res hypothecæ, ff. de pignoribus.* vt supra diximus.

16 Sed quid hypotheca faciat videndum est, noo enim solet naturam contractus mutare, ideo re tradita à domino cuaoescit cum obligatione personali, si vero aliena sit pro euictione seruit, si vero res non tradatur, id solum io hypotheca venit, quod in actione personali comprehenditur, scilicet vt ad id, quod iotereſt emptoris teneatur venditor, vt in *l. 1. ff. de actioni empt.* hypotheca enim, & aliæ obligationis appendices oon mutant contractus cui accedunt naturam, vt in *regula accessorium de regulis iur.* ideo natura censuuin nostrorum est in difficili, nam si personalis est obligatio, videtur repugnare perpetuitati, si vero esset ius reale constitutum super re, ea alienata vel perempta debitor, cùm non possideat, ab obligatiooe reali est liberatus, sed res ad emptorem transiret cum sua causa, vt per *dict. titul. C. si cens.*
17 *vel reliq. fundum vendi non posse*, ideo non impeditur alienatio, vt in *l. 1. §. cum prædium, ff. de pignoribus, & in leg. iusto in §. non mutat. ff. de vsucapion.* sed census hodierni videotur quandam habere mixturam, quæ rem difficilem reddit, cum persooa & res obligetur principaliter, non solum iure hypothecæ, & tamen venditiones appellantur, vt in extrauaganti Martini, & Callisti, qui vocant, & permittunt has census constitutiones, seu venditiones: quod dicendum ego puto quod verè sint venditiones, sed venditio non est domini rei oeq. obligario nuda personalis, sed venditio similis ei, quæ fit de vsufructu, vel setuitute, quæ trāsfert ius in tem, & rem sequitur quocumque vadat: nam si quis setuitutem vendat ius in re per patientiam constituit, si dominus sit veoditor, alioqnin personali actione de euictione tenetur. facit text. in *l. 3. ff. de vsufruct. & in l. 5. ff. de seruitutib.* sed re perdita, vel destructa, vel infructuosa affecta cessabit census, quod si cōtrarium caueatur, mera est vsura cum sine materia remaneat, quinimò caueri id non potest, vt in *leg. non moriturum, C. de contrahend.* & com-
18 mitti stipulatio. & ita in constitutione Pij V. cauetur vt infr. dicemus: verum est, quod hoc ius census antedictas extrauagantes inter priuatos erat incognitum, sed reipublicæ vel principibus sæpe hoc ius repetitur concessum, vt in *dict. titul. sine cens. vel reliquis, & in tit. C. de censibus.* qui census etiam tributi nomen sortiebatur, vt in *leg. forma in §. si verò quis, ff. de censib. & in l. 2. C. in quib. caus. colo. lib. 11.* differebant autem census & tributum à vectigalibus, quòd hæc etiam de rebus mobilibus, & mercibus soluebantur, & etiam de prædijs, vt in *l. imperatores, & in leg. licitatio in §. res quæ exercitui ff. de publican. & vectiga.* vt in *titul. si ager vectigal. vel emphyteuticar.* census autem & tributa de prædijs, licet personæ censerentur, vt in *dicta leg. forma, & in leg. ætatem, ff. de censibus.* solum inter priuatos etat cognita emphyteusis, cuius natura fere contraria est censibus nostris, qui redimi possunt, cum emphyteuticus census constituatur supet tem meam quam do in emphyteusim, census autem nostri super re omnino, & ante, & nunc aliena. neqne quod aliqui fingunt io his nostris censibus rem datam, & restitutam censu constituto, sustineri potest, quia eodem tempore & contractus & distractus concurrete non possunt, à quocunque incipias, vt in *l. qui sic soluit, ff. de solutio.* facit text. in *l. qui hominem in §. fin. eod. ti. & in l. cum is §. 1. ff. de condictio. indeb.* ideo hic circuitus imaginarius est, confictus, & simulatos, oon verus.

Deniqoe prædicti census admittendi sunt, sed non indistincte, alioquin sublatis vulgaribus leuioribus vsuris, grauiores & deteriores admitterentur. illud nemo negabit, census vt hodie communiter fiunt idem detrimentum afferre reipublicæ, quod vsuræ attulerant, ne dicam maius: sed interim quod non ptohibētur dum sua materia & forma constent, nō sunt reprobādi: si enim esset defectus in materia, vel forma non poterunt sustineri, ideo fit regula vbicumque in cootractu census esset defectus talis, qui efficeret vt emptio vitiaretur, vel emptor oon teneretur, idem in censu erit constituendum, quia contractus emptionis & venditionis est.

Finge te emere super ptædio meo censum 20. corbium frumenti re etiam ipsa & ceteris bonis obligatis quod prædium vel non reddere dicta 20. imo neque decem certò scimus, ideoque fructuum inter nos rationem habitam non esse; certè neque in vulgari venditione ex vendito agi posset, quia sciens emi rem, quæ verisimiliter non erit, ideo ad ptetium tātum, quod dedisti agere potes, non ad redditus, qui non sunt, vt in *leg. domum, & in l. neque emptio, ff. de contrahend. emptio.* neque regulatiter ignorantia ementis in hac re excusabit, quia si emens istos annuos redditus quid reddat prædium oon exquirit, manifestissime ostenditur non fructus emere velle vel aliquid qnod ex illius prædij redditu colligatur, sed pecuniam pecunia emere colore quæsito, & falso illius prædij prætextu, quod animum vsuratiū detegit: & ita vbicumque tem, super qna census imponitur, verisimile est tantumdem fructuum non reddere, quantum in emptione comprehenditur, natura emptionis exceditur, & in aëre super obligatiooe personali vsuraria, residet contractus; si vero res eos fructus verisimiliter est redditura, sed vt futuri euentus casum vitet cariùs comparat, & ad maius ptetium rem reducit, videtur legitimè fieri posse,

posse, etiam si ad pecuniam census reducatur, quia futuri euentus periculum damno pecuniæ compensatur, finge vineam æstimationis mille, reddere fructus decem singulis annis, venditurus vineam egens, reperit emptorem cum pacto de retro vendendo: qui dat mille
20 certe carius emit, cum sine pacto hoc tantum valeret mille. finge non emere rem ipsam, sed fructus decem cum prædictis mille, ita vt secura sint dicta decem, videtur etiam non grauari venditor, cum pro re quam omnino erat distracturus simpliciter eodem pretio reperit pecuniam, cum pacto de retro vendendo, vtilior certe est hic contractus venditori, quam contractus simplex venditionis, cum illud pactum de redimendo pretium auget cuius pars est, vt in *l. fundi partem ff. de contrahend. emptio.* licet etiã periculum, quod illa decem erunt certa, pertineat ad venditorem, ideo videtur bonus esse hic contractus totus & sine aliqua vsura contrahi.

21 Sed adhuc hæc res est in difficili, primo quia hæc cautio, quod fructus ei erunt certi, non videtur iure approbari, imo mala est hæc conuentio, vt in *l. non moriturum C. de contrahend. stipu.* & quãuis casus fortuitos possit quis in se suscipere, vt in *l. fistulas in §. fi. de contrahend. empt.* tamen id non reperitur in iure vt fiat taxata certa fructuum quantitate, item licet pro certo tempore vnius vel alterius anni id fiat, tamen in contractu perpetuo præ se fert iniquitatem, quæ in his contractibus limitrophis, & affinibus, & cognatis vsurarum facillime pariunt vsuras, & hoc quando census constituuntur in fructibus, qui ex illo prædio colligũtur, si enim reducuntur ad pecuniam, difficiliorem exitum habent cum emptionis materia deficiat: ideo tota hæc materia censuum in pecunia difficilis est, & periculosa, etiam si longe plus reddat fundus quàm sit census, quod manifeste ostenditur.

22 Nam in emptione, & venditione ex parte ementis requiritur pecunia, ex parte vendentis requiritur merx. alioqui non potest consistere venditio, vt supra diximus per *l. 1. circa si. ff. de contrahend. emptio.* & probatur in *l. 1. in princip. ff. de rerum permutatione.* ergo si vtrinque est pretium non potest esse venditio, ideo si census
23 reducitur ad pecuniam pecunia emetur, & ita non est venditio, sed vsura manifesta. nam licet constituto semel contractu venditionis & iam perfecto pecunia possit reduci ad mercem, vel merces ad pecuniam, neque corrumpitur venditio, vt in *l. pretij causa C. de rescindend.* vbi probatur quod si emi à te rẽ cẽtum aureis, & postea non habens pecuniam pro illis soluendis dem in solutum aliam rem, non corrumpitur perfecta venditio, sicut neque corrumpitur si postea pretium mihi remittas, vt dicit tex. in *l. Si tibi habitationem, ff. loca.* vbi inquit *Vlpian.* Si tibi habitationem locauero, mox pensionem remittam: ex locato, & conducto agendum erit.] & ibi notat glos. & in *lege secunda. in §. 1. ff. de contrahenda emptio.* tamen si id fieret ab initio ante contractus perfectionem, subtrahitur materia contractus, ideo corrumpitur venditio. & ita si vendo tibi rem centum, & antequam perficiatur contractus reducitur res ad pretium, puta centum & decem, vt illa tibi dem loco rei, corrumpitur venditio, quia vtrinque est pretium: ita eodem modo si constituo census decẽ quolibet anno pro mille, cum vtrinque sit pecunia, non potest esse venditio, & idem si fructus prędij vendam dictis mille, & ante perfectum contractum reducatur ad pecuniam decem pro quolibet anno, quia subtrahitur materia ab initio, quod corrumpit contractum, & efficitur alterius naturæ incestę, & adulterinę cum filijs Loth, quæ ex patre conceperunt, & ita pecunia parit pecuniam, licet *D. Martinus Nauarrus in manuali suo in c. 17. in nu. 255. & in dict. c. t. 14. q. 3.* dicat nihil interesse hæ conuentiones 24
fiant in simul vel ex post facto, quod supra iam ostendimus esse falsum. quia factæ ab initio egrediuntur notissimos terminos contractuũ, & subtrahunt materiam sine qua consistere non possunt: & distractus, qui fit à principio, vel mutatio efficit, vt nunquam ille prior contractus fuerit, vt in *dicta l. qui sic soluit ff. de solutionibus*, ideo illi, qui confingunt substantiam census dicendo, quod videtur emi prædium, & statim vendi retentis fructibus, illos postea pecunia redemptos, non vident se fingere iure id non concedente, & vane fingere, cum potius contractum destruant, quam componant, quo fit, vt contractus ste alienis vestitus plumis facillimè denudetur: neque interest hoc forsan vtilius venditori esse, quod rem non omnino amittat pacto redimẽdi adiecto; quia melius esset illi rem amittere, quam totam substantiam vsuris consumere, vt semper contingit, & esto vtilius ei esset, hoc non efficit, neque efficere potest vt contractus sine materia subsistat. nam & vtilius mihi est vsuræ nomine vnum numum pro mille soluere singulis annis, quam res vili pretio vendere, sed non ideo minus creditor sub hac leuissima vsura mutuans est vsurarius, vt dictum est.

Ex his igitur fit 1. conclusio, Omne pactum 25
quod subtrahit materiam emptionis, & venditionis, efficit vt census non sit recte constitutus, quia cum sit emptio, & venditio, necessario debet substantialia contractus continere; neque partes in illis possunt aliquid in hoc supplere vt dictum est: ex hoc census qui ad pecuniam numeratam constituuntur, magnam continent difficultatem, neque aliquis eorum qui illos examinat hanc difficultatem ponit, cum tamen imprimis materia & forma contractus esset expendenda, ne super falso fundamento ædificetur.

Secunda conclusio. Naturæ emptionis, & 26
venditionis non repugnat, vt census super omnibus bonis imponatur, cum & fructus bonorum meorum & bona mea in totum, & in partem

tem

tem vendere possim, dum tamen animus contrahendi mercem respiciat, non pecuniæ partum quærat colore quæsito, vt fere omnes, qui census mercantur faciunt, sed quia hæc emptio generalis, & indiscreta super omnibus bonis est suspecta: non enim passim omnia bona quis vendit. ideo quia insolens est hic contractus & iniquitatem & vsurariam prauitatem præsefert, est prohibitus in constitutio. extrauagantis Pij V. in qua est ordinatum, vt census constitui non possint, nisi super re certis finibus determinata.

27 3. Conclusio, pactum appositum in redemptione facienda censūs. vt non possit pro parte, sed in totum redimi, vel oiti vltra certam quantitatem, si aliàs census legitimus est, nullum continet vitium, licet aliqui id non rectè existimauerint: quin imo etiam si ita cautum non esset iure communi, venditor id facere potest, vt in totum non in parte fiat exolutio, vt probatur in *leg. tutor in* §. *Lucius ff. de vsuraria*, & dixi latius in *lege secunda in* §. *& harum ff. de verbo obligatio.* in istis select. interpreta. & videtur expressum in *leg. si non sortem in* §. *Si centum ff. de condictio. indebit.* neque enim, qui censūs centum emit, emit separatim quinquaginta: ideo solidum pretium, non eius partem accipere compellendus est, etiam si id expresse cautum non esset.

28 4. Conclusio, quod res & persona obligentur non aduersatur naturæ emptionis, & venditionis vt sup. ostēdimus, sed quia natura emptionis est, vt re tradita à venditore rei suæ, is liber remaneat, neque sit obligatus perpetuo, cum res non euincatur. idem dicendum est in his censibus, vt si super re mea fuerit impositus, ita vt in emptorem ius transierit liber sim, & securus; ideo re alienata, vel perdita liberor, res enim alienata transit cum onere suo, vt de vsufructu, & seruitute vendita diximus, re autem peremptа cum pereat Domini periculo, & illius, qui habet ius in re, etiam liberor, & conuentio contraria iniusta, & iniqua est, vt in *leg. non moriturum C. de contrahend. stip ula.* & ita in d. constitu. Pij V. cautum est, vt si res infructuosa in totum, vel in partem fiat, id periculo sit pro sua parte emptoris census, quod pie, sanctè, & iuste constitutum est.

29 5. Conclusio, si emi census super re aliqua legitime bona fide iuris regulis obseruatis, solemnibus emptionis expletis, quæ postea reperitur aliena, quæ tandem euincatur, possum libere recuperare pretium quod dedi, & damna, & interesse ratione euictionis illata, vt in alijs emptionis contractibus fit. in damnis autem & id quod interest venit etiam & pretium datum, & quantitas censuum vsque ad diem restitutionis, quia apparet de lucro cessante ex eo, quod super re non tua, sed aliena censum constituisti: nam si non esset aliena hæc mihi deberes, non ergo debes esse melioris conditionis, quam si non deliquisses. facit text. in *leg. venditor hominis, ff. de euictio.* & hoc certum est, cum hoc sit interesse non extrinsecum, sed intrinsecum, vt in *leg. si sterilis* in §. *quamuis, & in* §. *quia per venditorem, & in leg. Iulianus in principio, & in* §. 1. *& sequent. ff. de action. empti.* quia venit quanti interest constitisse venditionem.

6. Conclusio, censum super personam liberam constitui posse quidam existimant, sicut super prædio, & inter eos sunt grauissimi auctores, F. *Dominic. de Soto in lib. 6. de iusti. & iur. in 45. artic. 1. & R. Episcop. Segobiens. in lib. 3. variar. resol. in c. 7. numer. 5.* qui loquuntur de isto censu redimibili, nam de eo in quo pecunia data perditur, inf. dicemus, & hęc opinio prædictorum probari videtur, quia si gratis potest quis promittere soluere aliquid singulis annis, multo magis accepta pecunia, & hoc etiam tenet *auctor tract. de contractu vsur. in principio in n. 22.* 30 *Contra D. de oto & D. Episc.*

Item potest quis operas suas vel annuas vel menstruas vendere. argumen. *leg. hominis quoque liberi ff. de vsufruct. legat.* quare ad pecuniam hæ operæ reduci non poterunt? & in illis qui operas suas locare solent valere census constitutionem voluit *Gregor. Lop. in l. 28. in titul. 8. p. 5. in glos. magna.* qui dicit hoc esse de mente *Innoc. & aliorum in c. in ciuitate de vsuris*, vide alias rationes per prædictos, sed hæ sunt potiores. 31

Certe si hæc opinio admitteretur, frustra prohiberentur vsuræ, cum nulla improbior hac possit reperiri, qua omnes iuris regulę corrumpuntur. 32

Primo illa argumentatio, potest quis gratis hoc promittere, ergo potest per pecuniam, efficit, vt quilibet stipulari possit vsuras meras puras, ideo falsa est: possum enim tibi donare decem libere, sed non possum causa mutuatæ pecuniæ vt supra diximus, & latius in lib. 1. in c. 11. id ostendimus vbi omnino videatur. 33

Item in donatione est alia ratio quia libera est, & non ex necessitate vel indigētia inducta, ideo & deliberatio, & maior libertas interuenit, & licet videatur in hoc censu cessare vsura, quia non cadit mutuum; tamen in venditione cum pacto de retrouendendo, vel redimendo cadere vsura potest, quia videtur fieri in fraudem vsurarum quando aliqua concurrunt. at hic plura concurrunt quæ vsuram ostendunt manifestam: nam licet creditor seu emptor, pecuniam nō possit exigere, quod à mutuo videtur alienum, cum in mutuo repeti possit capitale, tamen licet id non fiat expresse, & euidenter, fit tamen sensim, & per partes dum singulis annis pecunia dat pecuniam, & capitale etiam redditur per partes. finge mille datis cēsum centum super persona tua constituis, certe decem annis redditur capitale re inuito, & remanēt mille integra, siue capitale, siue vsuram voces, & transactis decem alijs annis, quæro an vsurariū istud mutuū dici possit? quioimo durissima vsura hæc est, cum etiā reddita per partes pecunia ab origine fœnoris nō possis libera- 34

ri,

ri, nisi mille quos consumpsisti numos aliquis vel Deus tibi largiatur, quo fit, vt census etiam non redimibilis, qui perpetuus dicitur, possit esse vsurarius, licet magis in eo mutuũ occultetur quam in redimibili, quia in hoc citius redditur capitale, in illo longiori tempore. Quod vitium vsuræ adhuc euidentius est in censibus pecuniarijs qui ad certũ tempus cõstituuntur. licet eos defendere velit *R. Episc. Segobiens. in lib.* *Contra D. Episcopum.* *3. variar. resol. in c. 7. in n. 4.* quod existimat tantũ valere centum aureos statim, & vnica solutione datos, quantũ valent centum & viginti, aut centum & triginta tredecim annis soluẽdi: sed hac ratione vsuræ erunt licitæ, quia si industriã tollas, & pecuniam ab omni negotiatione semoueas, neque longiori tempore quam parit elephas aliud pariet, quam vsuram. & hac ratione admissa, quod pecunia tempore solo vtilitatem pariat vsuræ licitæ erunt, cum tamẽ iuri naturæ, diuino, & humano aduersentur. neque quod solutio fiat per partes potest considerari, neque æstimationem recipit aliã, quam vt creditor per partes solutionem regulariter accipere non compellatur, quia si materiam indiuiduorum recte reuoluimus obligatio dãdi pecuniam omni ratione est diuidua, quia eamdem vtilitatem affert pars respectu partis, quam totum respectu totius. Vide Doctorum ordinarias conclusiones in *l. 2. in §. & harum,* vbi text. *de verb. obligatio.* & quæ ibi diximus, neque quod creditor non compellatur partem accipere aliquid promouet, vt pretio certo id æstimetur sine vsura manifesta, cum tunc tempus redimatur pecunia, sicut neque quod pecuniam debeam tibi hoc anno, quod expectes alio anno ad quod compelli non poteras, efficit, vt hæc dilatio certo pretio æstimari possit, quin sit vsura mera, nam licet ob moram pœnam stipulari quis possit, vt in *l. fi. ff. de prætorijs stipulationib.* si feceris vel non feceris inf. annum pœnam promittis, valet, tamẽ si adiiciatur pe-
35 cuniariæ obligationi si non dederis inf. annum vel mensem promittis pœnam. hæc pœna ad vsurarum promissionem redigitur, vt in *l. si tibi decem, ff. de pactis.* vbi Doctores notant. probatur in *l. 3. in §. fin. ff. de annu. legat.* probatur in *l. pœnam, & in l. pecuniæ fenebris, ff. de vsur. & in leg. cum allegas. C. de vsur.* licet *R. D. Dominic. de Sot. in l. 6.* *Contra D. de Soto.* *de iustit. & iur. in qu. 1. in artic. 4. in 1. conclusio. in versic. Sed vtrum,* contrarium velit errando in re adeo manifesta.

Item finge me tibi mutuare mille, sed ita vt gratiam tibi faciam vt infra quatuordecim annos mihi restituas centum quolibet anno, hoc legitimum est mutuum, sed si aliquid stipuler vltra dicta mille, vt alia decem, erit vsura manifesta, sed quid differt census redimibilis ab hoc mutuo, nisi quod in censu adhuc remanet capitale integrum, & tempus æstimatur pecunia? ergo peior est iste contractus illo, in quo decem tantum vltra sortem tot annis dantur, ergo iu vtroque est mutuum, & in hoc vltimo cum temporis vsura, cum vltra capitale redditus soluantur interim dum capitale integrè nõ soluitur, & in priori specie vsura sit decem tantum, imo minus vno quolibet anno, in hoc vltimo autem certissima sit vsura: quod si nõ super prædio, sed super sola persona imponatur nullum colorem habet contractus, sed est vsura manifesta nullo colore adumbrata: solũ in- 36
terest inter prędictũ mutuum, & censum, quod liberalitatem quam exercebam in illo mutuo quo ad tempus, in censu reduco ad æstimationem, & ita vsura est recipere per partes capitale, & vltra, sicut si non diuerso tempore, sed semel capitale solueretur vt patet, & ita opinio R. D. Episcopi nullo modo defendi potest. Denique censum super persona imponere, vsura est manifesta, quia hi contractus præseferunt iniquitatem cum iure communi, vel gentium non sint cogniti, quæ gens vnquam vel natio census super personam constituit? præterea deficit materia in qua fundentur, in qua enim contractus subsistit si mille accipias super tua persona, vt decem singulis annis soluas cũ pacto de redimendo. quis enim erit iste contractus? an emptio? an locatio? an alius nominatus vel innominatus contractus à iure approbatus? non est emptio neque locatio. cum vtrimque non possit esse in his contractibus pecunia, ex altera enim parte debet esse merx, hic vtrimque ab initio est pecunia, neq. quod loco operarum id fieri videatur, efficit contractum posse subsistere, quia cum ab initio loco mercis pecunia substituatur, materia emptionis, & locationis subducitur, & remanet sine materia contractus & sola forma obligationis subsistit, quæ natura est vsurarum, vt in *leg. rogasti in §. Si tibi decem, ff. si cert. petat.* innominatus autem contractus etiam non reperitur in iure, in quo vtrimque pecunia versetur, ideo contractus iste exlex est, & iniquus. Neque me mouerit personam obligari posse, vt singulis annis decem det, vel aliud quippiam, quia opus est causam expen- 37
dere, cum sine ea obligatio non subsistat, vt in *leg. 2. in §. circa, ff. de dol. exceptio.* ex causa enim vel iustificabitur, vel detegetur vitium, si enim diues pauperi annua decem promittat gratis, optimus est sensus, & pius donationis causa ob charitatem constitutus, si pauper gratis hoc faciat prodigalitatem præsefert, & intra terminos donationis redigetur, vt vltra id quid facere possit non conueniatur, vt in *leg. Diuus Pius, ff. de iur. & in leg. sunt qui in id, ff. de re iudica.* Si vero ob pecuniam id fiat, cum pecunia pecuniam pariat, mutuum erit cum fœnore occultius, & leuius, quanto minor census fuerit, & carius vt dictum est.

Quod si instes, potest quis operas suas ven- 38
dere, ergo poterit quis pretio ęstimare, respondebo negando & antecedẽs, & consequentiã, quia neque operæ venduntur, sed locantur, neque

neque locari in perpetuum possunt, quia hoc premit libertatẽ, ideo in homine ingenuo hoc cadere non potest, vt ostendimus sup. in lib. 1. in cap. 3. in num. 12. per totum, & probatur in *l. Titio centum in §. Titio centum 2. ff. de conditio. & demonstratio.* & probatur in *l. pen. glos. ff. de obsequ. à patro. præstan & in l. certum in §. Si quis absente ff. de confess.* ibi, quia neque qui iurat de operis obligatur,] quia vt inquit *Aristotel. rhetoric. lib.* 1. Liberi hominis est haud quaquam alteri viuere.] Et quod obligatio operarũ non cadat in ingenuo est expressum, in *l. vt iuris iurandi. ff. de oper. libert.* vbi inquit *Vlpian.* loquendo de operarum obligatione. Vt iuris iurandi obligatio contrahatur libertum esse oportet, qui iurat, & libertatis causa iurare. Ecce quod ingenuus nullo modo, libertus autem ex vnica libertatis causa ad operas obligari potest, & licet parum dubiæ quæstionis esset vtrum locari operæ non possint, hoc tamen quod nobis sufficit verum est operas non posse perpetuo locari, ita vt libertas præmatur, census ergo operarum constitui non potest, neque si posset, ad pecuniam ab initio possent reduci, & ita consequentia bona non est, licet *R. Episcop.* eam admittat, quia vt diximus subducitur materia emptionis, & venditionis, & pecunia vtrinque constituitur, quæ nulli contractui non vsurario est apta materia, hanc fraudem aptissimè describit *Terentius Clemens in leg. fin. ff. qui & à quib.* vbi ex octauo ita inquit, obligare sibi libertum, vt mercedem operarum capiat, is intelligitur qui hoc solum agit, vt vtique mercedem capiat etiam si sub titulo operarum eam stipulatus fuerit. Facit text. in *l. adigere in paragra. stipulatus ff. de iure patronat.* denique emere, vel locare operas ad pecuniam taxatas vsura mera est, cùm pecuniam locare nihil aliud sit, quàm vsuram exercere, non enim pecunia emitur pecunia, vel locatur, cum ex parte alia debeat esse merx, ex alia pretium, & reducendo ad pecuniam materia contractus subducitur, licet prædicti clarissimi Auctores hæc non viderint, ideo admiserunt census super personam, melius hoc vidit *D. Martinus Nauarrus*, qui contrarium tenet, licet neque ipse neque alius ita declaret, *in commentar. cap. 1. 14. quæst. 3. in numer. 90. cum sequent.* hodie hoc est expressum in *dict. extrauagant. Pij V. edita anno* 1569. quæ disponit vt census constitui non possint, nisi super re immobili, aut quæ pro immobili habeatur & sui natura fructifera.

Fructiferam autem intellige secundũ subiectam materiam, vt eius fructus ad census exoluendos sufficiant, vt in *l. quos nos, in §. locuples ff. de verbo. significatio. & in l. si vero in §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisdar. cogant.* sed an hoc in quolibet anno vel in vniuersum constitui debeat, non est nunc disputandum, vid. text. in *leg. ex eo vino. ff. de vino trit. & ole. lega.* & tex. optimum in simili in l. si duorum fundorum, ff. de actioni. empt. vi. omnino quæ diximus in titu. *de le-*

Franc. Sarmientus.

gat. 2. in leg. 2. vi. leg. si ex duobus quæ est 5. eodem. tit.

Neque argumentum aliquorum qui putant se subtiliter rem expendere dicendo nos agere fœneratorum causam, qui cautius eos volumus negotiari, quàm super persona sola, aliquid valet, quia cuiuscunque fauore, vel damno id fiat contractus sine materia subsistere non potest, ideo nos veritatem constituimus potius quam fœneratorum causam, aut vt contra eos solum disputemus, ideo leuissima sunt hæc argumenta, quibus vritur contra fœneratores *auctor tract. de contract. vsur.* qui adeo ipsis fauet, vt contra ius diuinum, & ecclesiæ determinationem velit vsuras esse permissas, ex supradictis in ista conclusio. plures etiam possent conclusiones notabiles elici, sed alijs omissis.

Not. omnes contract. iure gentium, & communi incognitos, & de nouo excogitatos suspectos maximè esse.

2 Quod si eos rectè introspicias vel ex defectu materiæ, vel alias ad vsuram vergere, & in his non occulratissimis vsurariam prauitatem occultari verius est.

Item mercis loco pecuniam ab initio substituere contractus materiam substrahit nisi post rem perfectè absolutam id fiat ex nouo consẽsu ex priori non necessario, vt si rem mihi pro decem vendas, & perfecta omnino venditione pro illis decem aliam rem substituam te volente, non efficit ea conuentio, quin contractus semel perfectus perseueret, licet ea conuentio talis sit, quę si ab initio intercederet, venditionẽ corrũperet, & alium contractũ constitueret, nã in specie proposita transiret ille contractus in permutationem, & ita intelligi debet *l. pretij causa C. de rescindend. venditio.* Pretij causa inquit tex. non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis, contractus non cõstituitur irritus. Secus esset si ante venditionem perfectam id fieret, quia substracta materia emptionis esset permutatio, sic pactum legis commissorię ab initio in pignore non potest adijci, sed ex interuallo, vt in *leg. Titius ff. de pignor. actio. cum l. fi. C. de pact. pigno.* Sic si ob pecuniam decem, vel viginti operas tuas leces, postea perfecto iam isto contractu pro operibus pecuniam promittas consistit locatio, sed si ab initio id fiat pecuniam pecunia locari non potuisse manifestum est, cum materia necessaria contractui ab initio subtrahatur, & sola vsuraria materia subsistat, & hæc quo ad istos personales census redimibiles sufficiant.

Sed quid si ad vitam, & ita sub incerto constituantur, vt si dem tibi mille vt quo ad viuam 40
des decem, vel centum singulis annis, an vsurarius sit hic contractus, vel potius venditio, certè venditio non est, quia vt dictum est pecunia non emitur, sed neque contractus innominatus cum non reperiatur contractus innominatus in quo vtrinque pecunia intercedat, item neq; super re subtrahendo mercem ab initio fieri posset.

ri posset, multo minus super sola persona fieri, magis ad ludum vel sortem hic contractus vergit, qui iuri communi prohibentur vt per tot. de aleæ vsu. & alcatori, quam ad alios contractus poterit referri, quod si non prohibitus sit iustitia, vel iniustitia eius ex materia *l hæreditat. in ff. ad leg. Falcid.* ratione pretij poterit perpendi, vid. late in contractibus vsur. quæst. 72. *Ana. in capit. in ciuitate in numero 23. de vsur.*

7 Conclusio, vt possit ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, ex mora id quod interest vltra sortem exigi debet considerari lucrum, vel damnum creditoris solius, nam debitoris vtilitas, cùm leges, quæ lucri cessantis, & damni emergentis rationem volunt habere, ad creditoris vtilitatem respiciunt, qui ex iure suo iudicium metiri debet, non vtilitate debitoris inuideri.

Ex his videtur valde difficilis censum materia, sed cum per dictas extrauagantes permittātur, licet iuris rigore difficilem habeant exitum, non sunt improbandi, & ad supradicta vnico verbo respondebimus, quod cùm sint per legem approbari eorum contractus dicetur emptio anomala & irregularis permissa tantum si ea seruentur, quæ in dicta extrauaganti requiruntur.

Sed pone quod census sit emptus legitimo pretio secundum legis taxationem, quod esse videtur ad pretium quatuordecim cum pacto de redimendo ad libitum venditoris, vtrum si conueniat quod redemptio fiat non ad rationẽ quatuordecim, sed ad rationem viginti, vtrum legitima, & permissa sit hæc conuentio? & clarum est quod si illicitus est contractus census ad minorem æstimationem, quam ad quatuordecim quod iniqua, & illicita esset hæc conuẽtio, cum hoc pactum pars pretij sit sicut & omnia alia pacta, vt in *l fundi partem. ff. de contrahend. emptio & in l. 4. & in l. queris ff. de pact. dotal. & in l. si sterilis in § si tibi de actio empt. & in l. enim qui in §. fi. cum l. seq. ff. de indi. addictio. cum adduct. per Tiraque in tract. de vtroque retract. in 1. parte in §. 1. in glos. 18. in numero 69 & in prefatio 2. partis in numero 20. cum sequentibus* qui allegat optimum text. *in leg si venditor in paragra. si quid emptor ff. de seru. expertand.* quinimo etiam natura sua pactum vt plus in redemptione detur est suspectum, & non beneolet, vt est expressum in *c. illo vos in fin. extra de pignorib.* sed negari non potest iniquitatem pretij constituere in specie proposita, licet de se posset esse extra vitium, quid enim si rem emebam decem, sed cum pacto de retrouendendo pro pretio duodecim, quod forte illud pactum duobus æstimaui, quod vellem potius rem firmite emere, nam illud pactum rem grauat, & minoris efficit, vt latè *Tiraq. in d. præfatio.* deducit, non male pretio certo potuit æstimari, sed hæc omnia in cōtractu, qui de sua natura non solet hæc pacta habere, sed in censu redimibili, quod suum habet constitutum pretium hæc adiectio & maiori fiat redemptio iniqua omnino videtur & reprobanda. Nisi æstimato hoc pacto adhuc legitimum pretium non excedatur.

Sed dubium est cum per l. regni fiunt census taxati ad quatuordecim pro vno, vtrum possint vendi pro isto pretio cum pacto de redimẽdo, sed vt fiat hæc secunda venditio seu redemptio ad rationem 20. pro vno, & clarum esse contra legem, quia hoc pactum est pars pretij, vt in *l fundi partem. ff. de contrahend. emptio* & ita efficit dnorem causam constituentis census cum redimi maiori pecunia delectat.

Sed quid si Rex vendidit censum redimibilem ad rationem viginti pro vno, vtrum si dominus census velit vendere alij istum censum possit emi ad rationem quatuordecim pro vno, vel alio maiori vel minori pretio, an vero iste vltimus emptor incidat in d. l. cũ sit in effectu ad rationem viginti, & emendo ad quatuordecim lucretur sex, & ita emit in effectu ad rationem illorum sex, saltim ad tria, vel quatuor æstimationem recipiāt, quod omnino detractũ à quatuordecim efficit minoris emi, vt supra ostendimus & videtur hoc euidens per supra dicta, sed in hac specie maxime dubito, aliud enim est censum constituere minoris quam quatuordecim pro vno, quod est prohibitum per dictā legem: aliud vero constitutum iam, & formatum maioris quatuordecim, puta ad rationem viginti minoris emere, vel si esset iam ante constitutum legitimè ad rationẽ quatuordecim vendere alij ad rationem duodecim, etiam si transeat cum iure redimẽdi prioris venditionis, duplici ratione, prima, quia multum interest inter censum formatum tempore contractus, vel qui formatur in ipso contractu vt diximus sup in n. 13. & 14. nam secunda venditio potius est translatio census potius quàm constitutio, secunda, quia postquam legitimè census est semel cōstitutus, iam est materia præexistens, cuius pretiũ non cadit sub dict. l. Sed vt quælibet alia res habet pretium secundum temporis, variationem, vt in *l. pretia rerum ad l. Falcid. ff.* & hoc puto verius, licet ab huiusmodi lucris abstinere consulerent omnibus, vt tutiora eligant, licet secundum subtiliorem rationem prædicta possint defendi, & vt clarius hoc appareat dico, quod cōstitutio census ab initio quodammodo non habet materiam præexistentem seu naturalem, sed solum datiuam à lege, ideo si id deficiant conditiones à lege impositæ, deficit materia emptionis, & incidit contractus in vsurariam naturā, cui maximè hi cẽsus redimibiles, seu cũ pacto de retrouendendo constituti sunt valde propinqui, & ita natura census magis est ciuilis, quam naturalis & datiua vt diximus potius quā natiua, nam in ipso cōtractu producitur materia, quę iure gentium erat incognita, quãdo vero census semel legitimè est contractus, iamque materia formata legitimè, census ipse non distat ab alijs rebus, quæ in emptionem cadere possunt, ideo iure communi emptionis censebuntur

buntur, vt si lęsio sit vltra dimidiam iusti pretij rescindi debeat contractus, non tamen iustum, vel iniustum pretium ex dicta l. taxationē existimabimus, sed ex loci temporis varietate, & quod emptores communiter hoc pretio repeniuntur, sicut & rerum aliarum pretium varietatem recipit, nam in rebus vendendis communiter pretium non taxatur, cum latitudinem semper iustum pretium habeat, neque sit in pūcto, in censius aut constitutione non iniustè certum pretium præfinitur, quia hæc materia censuum vicina est vsuræ, eaque maximè vsurarum sola ignominia occultatur, licet effectus sit idē, denique aliquando non leuis sit vsura sub honorabili emptionis titulo, ideo in producendis his censibus opus fuit non latitudinē pretij dimittere, sed rem certam constituere, ne grauiores essent sub nomine iusti census honorabiles vsuræ, quàm publicæ & infames, sicut & in tritico, & hordeo pretium solet constitui, quia in ea re vitæ à Deo necessaria solent grasari publicani, & Dardanarij, imo & omnes diuites, in cēsibus vero iam constitutis semel, legitime vendendis cessant vsurarum vicinitas, & suspectio, nisi in fraudē legis fieret ab initio secunda venditio, vt si interposita persona, quia non reperitur emptor legitimo pretio Titio constituas cēsum pretio legitimo. 14. vt is vendat Sempronio ad pretium vndecim, tunc enim cum fiat fraus legi idem erit in secunda venditione, ex his quę latè deduximus sup. lib. 1. harum interpretationum in c. 12. neque curo vt sit Sēpronius fraudis particeps, vel ignorans, ea enim distinctio, quæ fieri solet *in l. fi. ff. de dol. mal. & met. exceptione* non in materia vsuraria, sicut neque in Simoniaca erit admittenda, vt *c. ecclesia 1. q. 4. c. 1. & ca fi. 1. q. 5. c. nobis & c sicut tuis extrau. de Simonia.* quod maximè erit notandum.

41 Item quæro cum sup. in num. 28. diximus in pacto de redimendo sicut in alijs solutionibus non compelli creditorem solutionem partis admittere, vt in *l. Lucius in § tutor de vsur.* verum si conueniat vt possit etiam particulatim redimi ad dimidiam, tertiam, quartam, vel quintam partem qualibet vice, hoc possit pretio æstimari, vt aliquid de pacto pretio quatuordecim pro vno minuatur, vt puta ad rationem tredecim ratione istius pacti, nam vt dixi pactum quodlibet vtilitatem continens pars pretij est, vt in *d. l. fundi partem ff. de contrahend. emptio.* Sed non puto hoc recipere æstimationem aliam quam vsurariam, quia vt diximus *in l. 2. in §. & harum de verbo. obligationib.* & sup. in nu. 34. pecunia cum functionem recipiat, eandem vtilitatem affert in parte, quam in totum respectiue, ideo si alia æstimatio fiat ratione partis, erit vsuraria sicut de tempore, & loco suprà diximus, quod est valde notandum.

CAPVT II.

De cambijs.

SVMMARIVM.

1 *Cambij descripto quo vtuntur fœneratores.*
2 *De cambij nomine quod iniustè fœneratores vsurpant.*
3 *Cambia duobus modis exercentur. sed in vtroque est vsura*
4 *In his cambijs agitur de lucro extrinseco.*
5 *Vtilitas debitoris non efficit vt fœnus sit permissum.*
6 *Traiectitiæ pecuniæ ratione non potest aliquid exigi, nisi vere traijciatur.*
7 *Locus, & tempus non recipiunt æstimationem nisi ratione vsuræ.*
8 *Omnes exercentes cambia sunt vsurarij.*
9 *Quod pecunia valeat plus vno loco quam alio est per accidens.*
10 *Id quod frequentius accidit, debet considerari in hac materia.*
11 *Pecunia sine negociatione extra mutuum non potest pecuniam parere.*
12 *Pecunia præsens, vel absens non plus valet.*
13 *Ars campsoria qualiter debeat purgari.*
14 *Melius est permittere vsuras leuiores apertas sicut meretrices, quam cambia.*
15 *De iniquitate vsurarum.*

NVnc ad cambia quasi de Scylla ad Charybdim, imo ad infames scopulos & acroceraunia, quos nullus vnquam sine naufragio vidit transeamus, & vt cambium quod hodie passim exercetur describamus, Cambium 1
est mutuum cum fœnore adeò graui, vt quod leuius est, maius sit, quam omnium fœneratorum ethnicorum vnquam fuerit, vtpote quod id nunquam excessit centesimam vsuram, hoc autem de quo agimus nunquam sit centesima vsura minus, sed semper sit longè maius, habes descriptionem in qua diffiniendo si dicant fœneratores, quare nos transgredimur seniorum præcepta in diffiniendo? respondebimus quare ipsi transgrediuntur præcepta, & naturæ, & omnium gentium fœnerando? in istis Cambijs pri- 2
mo ostenditur eorum malicia in nomine, quia cum cambium nihil aliud sit, quam permutatio, quę iure omnium gentium admissa est ante venditionem, ipsi pro vsura hoc nomen honorabile vsurpant, & ideo superflua sunt omnia, quæ disputant, qui de cambijs scribunt ad permutationem, & alios contractus nominatos pertinentia; ideo his omissis pro intelligentia horum cambiorum qui iure communi fœnoris nomen obtinent, præmittenda sunt aliqua.

3 Primum quod materia de qua agimus in duobus negotiandi modis versatur, vno modo

quando quis mutuat pecuniam alio loco, vel prouincia sibi cum fœnore soluendam temporis, & loci diuisim vel coniunctim habita ratione.

Secundo modo quando mercator non mutuar ipse pecuniam, sed prius accepit pecuniam soluenda ab eo in alio loco in minori quantitate quam accepit propter locum, & licet in hac vltima specie videatur non posse cadere vsuram, cum ipse non mutuet, sed sibi mutuetur, & ipse non creditor, sed debitor efficiatur, tamen licet non ita expressa sit hęc vsura, non tamen differt ab alia cum tempus, & locus pretio æstimetur, sicut si mihi decem deberes soluenda die S. Ioannis, & vt statim soluas, ego sim contentus accipere 8. vel 9. vsura est manifesta.

4 Pręmittendum etiam est quod nos hic agimus de lucro extrinseco pecuniæ non intrinseco, nam si libra auri Romæ plus valeret, quam Hispaniæ, vt si vnus aureus intrinsece esset maioris æstimationis qui est soluendus Romæ, non est dubium, quod hæc vtilitas iure diuino, & humano sit considerabilis, sed mercatores nõ huius vtilitatis solum, sed tẽporis & loci æstimationem faciunt, & in hoc fœnus consistit, quia pretium quod rei imponitur à fœneratoribus quod carior sit pecunia in illis vel in istis nundinis, vel in illis vel in istis locis, non ratione rei, sed ratione loci & temporis non potest considerari apud non vsurarios, nisi ratione damni emergentis, vel alicuius lucri liciti cessantis vt infra dicemus, & nunc exempli gratia fingamus te egere pecunijs Romæ propter aliquam expeditionem. Rogas me vt ibi tibi mutuem pecunias, dico & verum est me ibi pecunias non habere, sed quia ibi sunt quidam mercatores mihi cogniti accipiam ab eis mutuo cũ fœnore, quia aliter non mutuabunt, si ita fiat possum idem fœnus à te accipere, nõ vt aliquid lucrer, sed vt damnum emergens tui causa vitetur, nam vt elegantissimè *Caius in l. ideo in arbitrium iudicis ff. de eo quod cert. loco* inquit. Scimus quam varia sint pretia rerum per singulas ciuitates, regionesque maxime vini, & olei, frumenti pecuniarum quoque licet videatur vna, & eadem potestas vbique esse; tamen alijs locis facilius & lenioribus vsuris inueniũtur, alijs difficilius & grauioribus vsuris] Sed si nullum sentiam damnum, sed rationẽ mutui in eo loco accipiam vltra sortem vsura est manifesta.

5 Præmittendum est etiam quod vtilitas vel commodum debitoris accipientis mutuam pecuniam etiam si sit maxima, vel quod vitet pœnam, vel maximum consequatur lucrum, non efficit, vt creditor vltra sortẽ aliquid possit accipere, finge me debere decem die Sancti Ioannis, ita vt si non soluam eo die incido in pęnam mille, propter arbitri sententiam, vel propter cõmissum in quod incido, vel si lucrer hæreditatem mille, vel duo mille dando decẽ vel viginti tali die institutus sub ea cõditione, neq; habeam pecunias, non quod in his speciebus ex mutuo ac facta decem, vel viginti consequar vtilitatem mille, vel centum millium, poteris aliquid vltra tuam pecuniam accipere sine vsurario crimine, leges enim, quæ considerant lucrum cessans, vel damnum emergens, vt vltra sortem aliquid exigi possit ad id, quod creditoris interest respiciunt, ex cuius iure iudicium metimur, neque vtilitati debitoris debemus inuidere, neque aliquid ab eo exigere, nisi creditori fiat præiudicium, vel damnum propter mutuum, & hęc conclusio expreßè probatur in *l. imperator in § si centum de legat. 2. ff.* ibi: Nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut pœnam stipulationis imminentem euasit.] Neque contrarium voluit tex. in *l. 2. ff. de eo quod cert. loco*, quia ibi loquitur text. quando mutatur per actorem locus solutionis.

Conclusio huic proxima & apendix, quod ego expensurus essem centum in exportando mille Romam, si tu nullam expensam facis, neque vtilitatem aliquam non vsurariam amittis dando Romæ, nihil à me exigere potes, nam licet traiectitiæ pecuniæ in iure ratio habeatur, tamen totum id, quod eius ratione soluitur vltra id quod interest, vsura est, vt *in l. 1. & in l. nihil interest, in versic. neque pignora. ff. de nautic. fœno.* ex mente glos. *in verbo pœna. in leg. traiectitia ff. de actio. & obligatio. in principio*, denique si pecuniam non traiecisti, sed eam quam Romæ habebas mihi dedisti, si accepisti aliquid vltra sortem traiectitiæ pecuniæ nomine vsura est manifesta. 6

Item notandum est quod locus, & tempus nisi eorum mutatio damnum inferant, non recipiunt æstimationem, nisi pretium rei extrinsece mutetur, vt in dict. l. ideo in arbitrium, ideo ratione loci, & temporis sit actio arbitra, habita ratione eius quod interest propter lucrum cessans, vel damnum emergens vt in *l. 3. in paragra. nunc de officio ff. de eo quod certo loco, & in l. quod si Ephesi.* nam vtilitas solius loci, vel temporis, si non probetur quod intersit, non potest sine vsura æstimari, ratio est, quia loci, vel temporis mutatio, non mutat obligationem vt eleganter ex Marcello probat *Vlpia. in eadem l. 3. in §. item Iulianus tractat*, ideo si reducatur ad æstimationem nullo damno, vel interesse extrinseco accedente mera erit vsura, quod si aliquid intersit, non poterit reduci ad certã quantitatẽ in contractu mutui sine vsura, bene tamen deduci poterit si alius contractus verè interueniat non fictè, vt si vere traiiciatur pecunia, poterit merces certa pro hac opera interuenire, sicut in omnibus locationibus potest, quod si vere non traiiciatur comentum est, & color quęsitus ad tegendam vsurariam prauitatem, idemque erit si hoc nomine assecuretur cum nullum sit periculum in traiiciendo, faciunt quæ diximus in cap. præcedenti de iactu retis in puteo, vel in sicco. 7

Ex his

Ex his conclusio colligitur quod cum illi qui cambia exercent non ad damnum emergens, vel lucrum cessans resarciendum artem suam dingant, sed ad lucrum certum ratione loci, vel temporis, omnes vsurariã artem exercent, quis enim exercet artem istam vt sine damno suo alteri benefaciat · quod considerat *S.Th. 2 2. q. 78. in articul. 2.* nam lucri cessantis in his, qui vulgo hanc artem exercent, non potest ratio haberi; quia cum dimittant mercaturam, vt cambia exerceant, non potest mercaturæ lucrum prætendere, cum non propter me reliquerint officium, sed ob suam auaritiam, & vtilitatem, licet *D. Martinus Nauarrus in dict. capit. fin. de vsur. in numero* 34. contrarium velit, alioqui esset aperta via, qua ingrediantur vsuræ, si illi qui habent pecunias dicant se non exercere mercaturam, vt possint mutuare ad cambium, maximè cum interesse lucri cessantis debeat probari in specie non in genere, cum in genere nihil concludat probatio cum posset esse quod multi in mercatura lucrentur, & alij perdant, & per contrarium.

2 Conclusio quod pecunia valeat plus vno loco, quam alio data æqualitate in pretio valore intrinseco non est naturale, sed per accidens, propterea quod egens in illo loco habet pecuniam in hoc, & non in illo, ideo istius accidentis ratio habenda est, quando fit actualis transportatio pecuniæ, vt pro illo labore merces possit stipulari, qua transportatione & opera actuali cessante, quia mercator ibi habet sine sumptu illam pecuniam, locus sicut & tempus non potest sine vsura æstimari, vt in dict. lege in arbitrium ff. de eo quod certo loco, & in hoc differimus nos ab illis, qui volunt, quod naturaliter non potest pecunia sine sumptu ibi transferri, & accidẽs est vt mercator ibi eam habeat, ideo naturam potius considerari, quã accidens, vt & mercedem capere possit transportationis, etiam si verè non transportetur, sed quod opinio nostra verior sit omissis terminis dialecticis, assumamus terminos legales in quibus ea, quæ frequentius accidunt considerantur, vt in *lege nam ad ea ff. de legibus cum alijs,* sed si conside-

10 ramus id quod accidere soleat fere nullus eorum, qui cambia exercent pecuniam transportat, neque facit aliquam expensam in hoc, ergo natura huius negotij ex hoc debet æstimari, non ex eo, quod nunquam fere accidit, tunc autem cum accidit poterit ratione interesse mercedem accipere, quod non ex vtilitate accipientis, sed damno, vel impensa sua arbitrio boni viri æstimanda, debet computari, quia si vtilitatem debitorum consideramus centies, melius esset vsuras moderatas soluere, quales aliqui permittebant, quam vel census accipere, vel alios contractus pro habenda pecunia inire, sed hoc non efficit, vt permitti debeat vsura, vel vt non sit vsura, & delictum ex parte fœnerantis.

11 3 Conclusio cum pecunia non ex re, sed propter negociationem percipiatur vt inquit text. in *leg. venditor ex hereditate ff. de hæreditate vel action. vendita,* necessarium est, vt ille, qui pecuniam acquirere velit, negotietur contrahendo aliquo modo à iure approbato, alioquin pecuniæ erit illicita acquisitio; iure autem ratione loci non potest merces peti sine actuali transportatione, tunc enim arbitraria efficitur actio ratione loci, sicut & temporis, si verè intersit vt per tot. titulum de eo quod certo loco; & expreßè in *l. centum Capua,* neque sufficit probare transportationem pecuniæ de vno loco ad alium tot expensis fieri; hoc enim sufficeret, si ratio loci naturaliter, non accidentaliter consideraretur, quod accidens, quia communis omnium cursum naturam mutauit est probandum in specie alias semper constaret de interesse, & tamen non constat de interesse ex hac generali rerum natura, sed opus est ad speciem non naturalem, sed quæ accidit descendere, & in specie probare, vt in *leg. 3. in §. num. de offusio de eo quod certo loco.*

4 Quod aliqui dicunt pecuniam præsentem longe esse maioris æstimationis, quam absentem ita quod plus valent centum aurei præsentes, quam duobus sequentibus annis soluendi, vel hic quam alibi, cauet vt sensim imò apertè vsura inducatur; sed de hoc diximus in c. præcedenti. 12

5. Conclusio quod *D. R. Domin. de Sot. & alij* dicunt quod ars campsoria de qua agimus si vitijs purgetur, & in finem retorqueatur honestum, licita erit, intelligendum vt fiat purgatio non dissimilis ei quam non imperitus medicus de fungis existimabat faciendam, vt sale, & aceto multis diebus macerati sæpius lauarentur, & postea exquisitissimis condimentis, & quæ vix reperiri possint coquerentur, tandem ne nocerent canibus proijcerentur, quia vt inquit *Iustinianus nouell. 36.* manifestarium est quod apud argentarium mensæ præpositum solummodo contractus sub vsuris ineatur. 13

6 Melius esse, & vtilius vt sicut meretrices permittuntur, vt aperti fœneratores vsuris lenonibus permitterentur, vt iure cæsareo fiebat in *Leos C. de vsur. in paragra. cæteros,* vsque ad dimidiam centesimæ, nam reipublicę minus essent damnosi, cùm hodie duplicem centesimam & triplicem exigant, & vsuræ vsurarum pendantur, quod nunquam apud ethnicos fuit permissum, vt in *leg. placuit de vsur.* erat enim improbum, & infame fœnus, vt in *leg. Improbum C. ex qui. caus. infra irrogat.* Itèm pauciores hanc artem exercerent, nam pudore se cohiberent, cum publice vt sunt, pro vsurarijs haberentur, & inter bonos viros non connumerarentur, neque inter reipublicæ Principes Duces & Marchiones, & ita ab hoc crimine abstinerent, quod si id non facerent saltim loca sacra non contaminarent, neque violarent fidelium cineres, sed in sterquilinijs 14

cum canibus proijcerentur, & hoc modo puniciores essent vsurarii, nam saltim pudore detracta eorum capiti persona ad bonam frugem cōuerterentur, hęc sunt quę de hac arte existimo, nam & qui eam licite posse exercere existimāt, difficile hoc esse fatentur: mihi vero impossibile cum sit ars vsuraria, & sine vsuris non consistant.

Iniquitatem autem vsurariam grauissimam tam Philosophi, quam Theologi existimant multa in eius execrationem ponit *D. Ambrosius in lib. de Tobia.* & *D. Chrysost. sup. Matth. in c. 1. homil. 5. in fi.* vbi inquit, nihil huius sæculi vsura turpius, nihilq; crudelius,] multa alia ponit super *Matt. 21 homil.* 38. Cato cum de œconomica dissertuisset interrogatus quid fœnerari? respondit quid hominem occidere? vsurarium homicidæ comparans, nisi quod hic vnum, ille multos extinguit, & perdit quid si vidisset fœnoris inaudita genera, quæ *vt Chrysostomus Matth. 18. homilia 62.* inquit neque gentilium legibus comprobantur: hoc turpissimum lucrum optime depingit Plutharchus in libello speciali de eo edito, in quo eleganter multa nos aliqua hic referemus, ex quibus conficitur antidotum, quo semper vti debet, qui ab hac peste velit esse securus, ita enim inquit, nos tanquam in obsidionis necessitate fœneratores hostilis præsidium nomine recipiamus, ne cernere cogamur cuncta nostra in seruitutem rapi, sed mensæ, cubilis, supellectilis ac diętæ superflua abscindamus, nosque liberos seruemus, vt cum pinguior fortuna aspirauerit nobis rursus ea restituere valeamus.] Ex quibus etiam idem *Plutarchus* ostendit confici posse alysum ad quod confugientes à fœneratoribus simus securi ita inquiens ex in vtilium, atque superuacuarum rerum abscisione, seu venditione libertatis templum nobis ipsis, liberis atque vxoribus ædificare conemur, si quidem in Epheso Dianę oharatis, cum in illius fugerint templum asylum, atque securitatem à fœneratoribus pręstat at frugalitatis asylum, & inaccessibile quidem vbique modestis pater, regionem latam, ac multi ocij, hilarem & idoneam præbēs? alia referemus ex *eodem Plutarcho infra in isto lib. in cap. 14.* & *Cicero in paradoxis* inquit, non esse cupidum pecunia est, non esse emacem vectigal est, contentum vero suis rebus esse, maximæ sunt, certissimæque Diuitiæ.]

CAPVT III.

De montibus pietatis.

SVMMARIVM.

1 *Qua ratione sint legitimi montes pietatis.*
2 *Hæretici Molinei reprobatur opinio.*
3 *Argument. de Sot. contra prædictos montes.*
4 *Respondetur dicto argumento dupliciter.*
5 *Quod interest inter priuatum, & personam publicam in hac re.*
6 *Proportio non potest seruari in his montibus.*
7 *An montes prædicti sint liciti quæstio facti potius est, quam iuris.*

DE montibus, qui verissime sunt impietatis disseruimus in c. præcedent. nunc de mōtibus, quos pietatis appellant, pauca dicamus, an à peccato, & vsura possint defendi. Huius 1 quæstionis ex ibidem dictis non difficilis est determinatio, nam si nulla vtilitas ipsius montis mutuantis vltra sortem principalem, sed solum merces laboris, & expensæ personarum huic muneri deseruientium accipiatur, & denique solius damni emergentis ratio habeatur, nulla vsuraria labes contrahitur, si vero vtilitas aliqua vltra id, quod interest percipiatur ex mutuo vsura erit manifesta, denique in priori specie nullum est vitium, licet *R. D. Domin. de Sot. in lib. 6 de iusti. & iur. in q. 1. in artic.* 6. reprobet istos montes, post ea tamen *in col. fin. in versic. respondetur*, destruit omnia, quæ prius dixerat, multi de hac re etiam scripserunt multa, *Ancharra. & Laurent. & alij in cap. consuluit de vsur.* *Caietan.* fecit tractum huius rei peculiarem, qui rem illicitam existimat, *auctor* vero *tract. de contract. vsura n.* 581. *cum seq.* vsurariam negociationem existimat, sed 2 secundum opinionem suam quæ hæretica est, iure diuino permissa, quod beneficiaria, & leuis ea vsura sit, si non transcendat vsurarum lege ciuili permissarum quantitatem, nos veram sententiam breuissimè statuemus vt liciti sint dicti mōtes, & à prauitate vsuraria alieni, vbi nullum lucrum remanet apud montem, sed solum id quod interest recuperat.

Neque mouerit argumentum R. D. Domin. 3 de Sot. qui ita inquit, si pius homo decerneret omni petenti mutuare cum illis conditionibus cum quibus mutuant prædicti montes, scilicet aliquid recepto pro ministro huius operis, non liceret, ergo neque prædictis montibus licet, huic argumento duo sunt apertæ solutiones, prima si iste homo pius solum id, quod sua in- 4 terest, exigeret absque aliquo lucro, nō faceret rem illicitam, sicut si à me petas mutuas pecunias, quas ego non hic habeo, sed in longinquo, expensas, quas in transportando vt tibi mutuem fecero, recte vltra pecuniam mutuam à te potero stipulari, quia damnum emergens à debitore omni iure exigi potest, vt notatur in *leg. 1. Cod. de summa Trinit. & fidei Catholi.*

Altera solutio, & huic rei aptior est, quod licet priuato id non permitteretur eadem lege 5 mutare ne vsuris via aperiatur, non tamen mōtibus iure publico constitutis id debet prohiberi, quia in priuatis suspecta est hęc charitas neque reipublicæ potest esse ita vtilis, cum non ita potest iniri, quin ipsi in propria causa iudices essent suspecti, & facilius à priuato fraus posset committi, si tamen nihilomnino

nino

nino exigeret vltra id quod interest, appareret non posset dici rem illicitam fecisse, & ita argumenta R.D. Domin. de Sot. non vigent.

6 Alia est maior difficultas cui opus est satisfacere, nam licet in his montibus non exigatur vltra id quod ipsius montis creditoris interest; non tamen habet ex parte debitoris eam proportionem, quæ careat iniustitia, finge ad conseruanda pignora, curanda & custodienda fieri expensarum centum quolibet anno, ego qui pecuniam accipio mutuam pignus aureum, vel argentum dedi, tu verò vestes meum pignus sine vlla impensa potest custodiri, & conseruationum verò maxima curatione eget, à me iniustissimè pro ratione debiti aliquid vltra sortem accipitur, à te iustissimè, iniustum ergo est à me, idem quod à te exigere, licet eiusdem quantitatis mutuum acceperimus, sed responderi potest ratione vtilitatis publicæ non istius, vel illius rationem in hoc habendam, sed totius negociationis inspiciendam esse naturam, vt id quod interest non diuisum ex parte debitorū, sed coniunctim, habita ratione eorum quæ frequentius accidunt, consideretur, id quę res publica debet constituere, vt publicæ vtilitatis, quæ in eo, quod vt plurimum versatur consistet, ratio habeatur, cum ea, quæ raro accidunt, contemnat legislator, & iura non in singulas personas, sed generaliter constituantur vt in l. nam ad ea, cum ll. sequentib. ff. de legib. at priuatus non potest ius aliquod constituere, sed in singularibus speciebus iure communi vti debet, vt in *l. nemo potest ff. de lega. 1. & in l. ius publicum de pact.* ideo id quod sua interest in singulis debitoribus, non in omnibus in simul priuatus considerare debet, quia cum persona priuata sit, non potest ius generale constituere, ideo non idem iuris in priuatis, quod in montibus erit quantum ad distributionem damni emergentis, vel impensæ, quod est valde notandum, quia non ita alij interpretantur, idem iuris ergo est in priuatis, quæ & in montibus, vt id quod interest exigi possit, vt creditor indemnis constituatur, sed in diuisione inter debitores huius impensæ non sunt eiusdem rationis.

7 Ex prędictis intelliges si quæratur montes pietatis, Genuensium, Lucens. Romano. & omnium aliarum vniuersitatum sint liciti, an contineant vsurariam prauitatem, respondendum esse facti quæstionem esse, non iuris, vt alias respondet *Vlpian. in l. suus quoque in §. puto, ff. de haeredib. instituend. cum alijs multis legibus*, quas nos allegauimus in istis selectis interpretationib. in lib. 3. in c. 10. in fi. quia quatenus cuiusque intersit, in facto non in iure consistit, inquit *Paul. in l. quatenus ff. de reg. iur.* ideo ex conditionibus dictorum montium ea res æstimanda erit, vt si forma concilij Lateranensis seruetur vel quæ nos supra diximus, verè pij sint.

CAPVT IV.

De his quæ dicta sunt in lib. 1. In cap. 6. harum interpretationum de legitimatione ex matrimonio contracto in tempore mortis.

SVMMARIVM.

1 *Defenditur opi. nostra ab impugnatione D. Ludoui. Molinæ*

2 *Intellect. l. filiæ meæ emancipatæ & ægræ. ff. solu. matrimo.*

3 *Intellect. c. 1. de renuntiation. lib. 6.*

4 *Vtrum matrimonium possit effici venale & emancipatio.*

5 *Intellect. l. apud Iulianum ad Trebellian.*

6 *Quando animo nocendi alij possit quis vti iure suo.*

7 *Ingressus religionis quando excludat substitutum.*

Nihil adeo in iure nostro constitutum, certumque esse potest, quod non vocetur à multis in controuersiam in his nostris selectis interpretationibus in lib. 1. in c. 6. in nu. 8. possumus quandam opi. quam omnes probaturos sperabamus, scilicet filios legitimatos per contractum matrimonij substitutis esse potiores; qui in defectum liberorum sint vocati, eosque excludere etiam si in eorum fraudem id esset contractum, quod fraus hęc legibus approbata sit, alioquin si cœlebs ob hanc causam, vt substitutum excluderet filios procreando, matrimonium contraheret, non excludi filiis habitis substitutum dicemus, nam concessa vna falsa opinione multa inde absurdè sequi necesse est, quamuis vir alioqui doctissimus *Ludouicus Mo-* 1
lina in lib. de Hispano primogeni. in fi. post Gregor. Lop. in l. 1. in tit. 13. in 4. parte contendat matrimonio in articulo mortis ob hanc causam contracto substitutos non excludi à filiis legitimatis; quod certè falsum est ex rationibus & legibus apertis quibus id latius comprobauimus, nam aut *D. Ludou.* vult filium ante habitum fieri legitimum ex isto matrimonio, vel non fieri, vel quoad quid fieri, & non simpliciter, secundum falsum est, quia posita causa non potest non sequi effectus, vt in *l. non poterit ff. de furtis. & in l. si fortè ff. de castrens. pecul. & in l. assumptio ff. ad municipal & in l. pe. ff. de offi. præsid.* nam hoc vi & potestate matrimonii, non voluntate contrahentis fit, vt in *c. tanta est vis matrimonij qui fil. sint legiti.* pro hoc tex. singularis in simile in *l. conditionibus pupillus. ff. de conditionibus & demonstrationib.* ideo qua mente id fiat, imo & si dicat hęres se in hoc damnum substituti moliri, nihil interest, nam & si hoc modo matrimonium contraheret, vt filii non fierent legitimi nihil in damnum filiorum efficeret, eo enim inuito ex facto suo essent legitimi vt in *c. 1. de sponsalib. & c. 1. de filijs natis ex matrimo. ad morganaticã contract.* ab absurdo illius tex. qui iure communi non procedit, tertium impossibile, vt in *c. is qui mandat de homicidio lib. 6.* vbi etiam probatur præcedens dictum primum quod verum est efficit, & vt substitutus excludat cum ex verbis, & mente testatoris

filius potior sit, neque rationes, quas ipse ponit,
si rectè perpendantur, aliquid nostræ opinioni
refragantur, putat enim non sequi vtitur quis
iure suo, ergò licet id fieri in fraudem alterius,
2 inquit enim hoc legibus repugnare, nam in l. fi-
liæ meæ emancipatæ & egrę. ff. sol. matri illa re-
gula reprobatur, quia ibi diuortium in fraudem
alterius iuris effectus non patit, licet iure suo re-
pudium mittens vtatur, quod etiam probatur
in *l. si non mulier. ff. rerum amot.* rursus renuncians
in fraudem beneficio; non nocet alteri licet iu-
re suo in renunciando vtatur vt in *c. 2. de renun-
ciatio lib. 6.* sed hęc fundamenta leuia sunt, & pa-
rum promouent, si subtiliter perpendantur,
nam diuortium quod à diuersitate mentium
dictum est, in l. 2. ff. de diuort. animo perpetuam
constituendi diuisionem fit, alias non est diuor-
tium, vt in *l. 3. eod. tit.* quod igitur fit solum vt a-
ctio quæratur, vel tollatur, non eo animo fit, er-
gò non operatur effectum diuortij, neque hoc
argumentum in matrimonio non concludit,
nam licet eo animo fieri etiam debet, vt perpe-
tuam contineat communionem, quod in arti-
culo mortis ob id factum vt substitutus exclu-
datur, fieri non videtur, tamen responsio est
manifesta, quod si matrimonium est, vt verum
est etiam in articulo mortis contractum indis-
solubile efficitur, ideo hæc mens non tollit ma-
trimonij effectum, quod potest plusquam frau-
dandi animus, & diuortium cum possit retra-
ctari non est eiusdem rationis, si enim viderit in
dictis. ll. vxor virum conualescere diuortij peni-
tebit, vt in *l. prinitus eod. tit. de diuortijs*; ideoque
breui reuersa vxor, nec diuertisse videtur,] in-
quit *Paulus in l. quicquid infra de reg. iur & in l. simi-
liter ff. soluto matrimo.* at matrimonij pœnitentia
non est, ideo in actu retractabili opini Domini,
Ludouici vera esse potest per dictas leges, & *l.
si filia emancipata ff. de diuort.* at in irretractabili vt
est matrimonium vera esse non poterit; quod
clarius explicari potest quod in *dict. l. filia mea.* &
aliis similibus non fit verum diuortium, sed si-
mulatum, in quæstione verò nostra fit verum,
& irreuocabile matrimonium, & ita potest re-
sponderi ad *legem Sulpitius de donatione inter vir. &
vxor.*

Ad *c. 2. renunciatio. lib. 6.* non est difficile re-
3 spondere cum in materia beneficiali omnis fi-
nis temporalis sit reprobatus, neque potest dici
vti iure suo qui ambitiosè, qood in beneficiali-
bus reprobatur, rem agit, secus in matrimonio,
in quo ambitionis vitium; neque pecuniaria
conuentio reprobatur, vt dixi in *dict. 2. 6* & pro-
batur in *c. de illis de conditio. appos.* præterea vt ibi
diximus ferè sunt leges expressæ quas pro ista
opi. allegabimus, quibus opus est vt respondeat,
qui contrariam partem voluerit asserere, ad a-
lias leges à Domino Ludouico adductas non
est opus respondere, qui in *l. qui pœna de manu-
missio.* non est verum quod vtatur in ea specie
iure sibi concesso, & idem dici potest ad *l. cum
ratio in. §. fraudes ff. de bono. damnato.* vel de por-
tionibus eorum, vt apparet ex *Bar. in l. post con-
tractum ff. de donatio.* pręterea leges quę de puni-
tione delictorum statutę sunt, ne delicta impu-
nita remaneant, ne eis fraus fiat; extendendę
sunt vt nullo magis, latè hoc interpretati sumus
in dict. lib. 1, in c. 12, in nu. 6. cum sequentib. ideo
ad quæstionem propositam, in qua nullum de-
lictum continetur, trahi non possunt.

Denique & poterit pecuniam accipere hæ- 4
res à substituto ne contrahat matrimonium, &
semper ius suum venale efficere sicut & in spe-
cie *l. & si forte si serui,* vendicetur, neque repeti
pecunia poterit, neque ob turpem causam ob
hoc, vt non contrahat matrimonium accepta
videbitur, vt diximus in *dict. c 6.* & probatur in *l.
verum turpem. ff. de verbo. obligatio.* ibi, non puto tur-
pem esse causam stipulationis,] & diximus in *l.
3. in §. si circa si ff. de liber. & posthum.* verum tamen
est quod si sequeretur contra conuentionem
matrimonium teneret, & hæc pecunia condici
causa non sequuta posset, sicut esset in specie
contraria dict. legis verum turpem si non eman-
cipare promisisset ob pecuniam, & postea emã-
cipasset, nam repeti pecunia posset, si emanci-
patio sequeretur, & forsan etiam pœna posset
adiici, licet matrimonio non possit, vt in *l. Titia.
ff. de verbo. obligatio.* vt bene interpretatur glo. in
dict. c. de illis, & adeo verum est sic legitimatum
excludere substitutum, vt etiam excludat alios
filios legitimos, si iste legitimatus sit maior æta-
te, licet illi prius sint nati legitimi quicquid ve-
lit *Anto. Gomez.* in quem nunc incidimus in *l. 9.
taur. nu. 63. & 64.* cuius opi. falsa est, licet *Gregor.
Lopez vbi supra* eam tenuerit.

Et add. quod omnes declarationes in hac
materia falsæ sunt, & reprobandæ quas *Anto.
Gomez* enumerat, nam illæ tendunt ad præsum-
ptionem fraudis; quæ nihil officere possunt,
cum neque fraus ipsa expressa sit reprobata, sed
legibus expresse permissa si absit simulatio,
nam ipsa, cum matrimonium vincet, non obsta-
bit supradictis, quæ vtili existente matrimonio
loquuntur.

Neque his obstat tex. in *l. apud Iulianum in* 5
princip. ad Senat. consult. Trebell. vbi potest quis vti
iure suo, dum tamen id fiat sine alterius preiu-
dicio, quia ibi ius compellendi adire ex Trebel-
liano cum hac limitatione, & non aliter est cõ-
cessum, ne periculosa fides esset propria vt in
ipso Senatus consulto dicitur in *l. 1. in princip. eo-
dem tit.* & expressius in §. *sed quia stipulationes de
fideicommissaris. hereds. instit. in fi.* ibi, nullo neque
damno, neqoe commodo apud heredem rema-
nente.] Item in ea specie nõ factum meum so-
lum, sed alterius versatur, cui factum suum, vel
fides sibi fraudi esse non debet, vt in *dict. l. 1. & l.
si quis ex signatoribus quemadmodum testamen. aper.* &
ita ille tex. expeditam habet interpretationem,
licet *Dominus Petr. Peralta in l. Titia cum testamento
in §. sub cõditione in nu. 7. de lega. 2.* satis se inuoluat
circa illum tex. neque obstat supradictis *titulus
si quis omiss. caus. testament. in lege prima in §.
prætermis-*

pretermittere & in l. licet, quia in hęrede vel eo, qui voluntatē testatoris promouere, non impedire tenetur specialiter id inductum est, quod si in istes *dictam l. apud Iulianum* de hærede loqui, respondebo in ea specie non contra defuncti voluntatem agere repudiando, cum legato sibi si hæres non erit, relictum est, vt est expressum in *l.* [illegible] *§. si proponatur eod. tit. si quis omissis caus. testament.* neque obstat *titulus de aliena indic* quia ibi est aliter constitutum, vt sola fraus sufficiat, & si iure suo vtatur, vt in *l. quia redhibito in fi. eod. tit.* ad supra dicta facit tex. in *l. altius C. de seruitutibus, & in l. fi. ff. de vsu. & habitatio*, & *in l. si vsus fructuarius. 1. & 2. ff. de vsufruct. & in l. quia poterat cum alijs ff. ad Trebellia.* optimus tex. *in l. fluminum in §. fi.* ibi, neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure non vsus sum,] cum *legib. sequentibus ff. de damno infecto*, & inquit

6 *Paulus ff. de regul. iuris*, nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet, nam vt inquit *Aristotel. Rheto. art. lib. 1.* iniuriam facere est nocere sponte contra legem. denique hunc nocuisse, non tamen iniustè fecisse (vt ille inquit) neque obstat quod *glo. ibidem in dict. §. fi.* dicat nisi animo nocendi feci, vt in *l. 1. in §. denique de aqua pluu. arcend.* quia illemet tex. respondet, cum hic hæres in proposita specie rem suam meliorem faciat, dum propriam carnem, quam nemo vnquam odio habuit, fouet, & amplectitur, nam & domum suam reficere vnicuique licet, dum non officiat inuito alteri, in quo ius non habet,] inquit *Vlpianus in l. domum de regul. iur.* secus ergo in eo in quo ius habet, item ibi de effectu facti agitur, qui retractari cum facto ipso potest hic de effectu iuris, qui ex actu irretractabili scilicet matrimonij producitur, vid. *Bar. & alios in nu. 13. in l. 2. ff. solut. matri.* plura per *Tiraquel. in præfatione de retract. in nu.* 251. possemus ex supradictis longam conflare distinctionem, sed non adeo vrgendum est vt nihil reliquisse velle videamur.

7 Notandum tamen est quod vt diximus in dict. c. 6. licet matrimonium in articulo mortis contractum etiam in odium substituti faciat filios legitimatos substitutum excludere, quia cum legitimi sint, & filij habent testatoris voluntatem, & secundum eam potiores sunt substituto, tamen non sic in ingrediente religionem in fraudem substituti, vel vouentis in articulo mortis, vt ibi probauimus, nam non propriè Monasterium de liberis est, ideo si fraude ingrediatur religionem, tunc Monasterium loco filii non habetur, quia duo sunt improprietates, altera quod Monasterium filius impropriè sit, & quod fraude quæsitus, ideo substitutum non excludet, quando autem matrimonium, vel Monachismus fraude fieri censeatur quæstionis est, alij fraudem esse eo ipso quod in morte contrahitur, alii aliunde fraudem esse comprobandum existimant, ego puto vbicumque quis matrimonio vtatur non eo fine, quo institutum est in fraudem fieri, finis autem matrimonii non is est, vt filii habiti legitimentur, hoc enim effectus est matrimonii, non finis, ergo si matrimonium contrahatur ab eo, qui de vita sua desperat, non in suum finem contrahit matrimonium, sed vt filii legitimentur, ideo fraus videtur, sed hęc fraus vt probaui permissa est, & non prohibita, ideo in ea fere fraudis nomen non rectè vsurpabitur, si enim fraus hæc permissa non esset, satis superque ex hoc probata esse ostēderetur, quod ab eo qui se victurum non sperat, contrahatur matrimonium, vt in *dict. legibus, & in l. filia mea emancipata & ægra. ff. solut. matrimo.* nihil enim inter est moriens hæres contrahat, vel cum moriente contrahat viuens matrimonium cum in vtraque specie matrimonio non ad finem matrimonii vtatur, & ex his decides de Monachismo.

CAPVT V.

De Hypotheca speciali rerum maioratus pro dote cum Regia facultate.

SVMMARIVM.

De Interpretat. l. 2. C. de pignorib.

SOlet dubitari vtrum res maioratus quæ pro dote ex facultate Regia sunt specialiter, & expressè Hypothecatę debeant prius vindicari quam bona libera, quę sunt alienata vel aliis debitis obnoxia, quæ quæstio non modicam apud aliquos habere videtur difficultatem, nam & *Ludouic. Molina*, qui huius materiæ peculiarem composuit tractatum copiosum satis & eruditum *in lib. 4. de Hispano. primoge. in c. 7.* cum multa adducat, vt omnino bona maioratus debeant imprimis vendicari, quam ad alias res deueniatur iuxta *l. 2. C. de pigno. tandem post nu. 31. in fi.* relinquit deliberandum, mihi verò hæc res si à sua origine repetatur, dubitationem nullam habere videtur, nam hæ facultates regiæ eo pertinent, vt dos, quę iure communi secura futura non est priuilegio principis sit indemnis ab omni periculo, & ita subsidiaria est hęc hypotheca, in quibus subsidiariis hypothecis dict. l. 2. 1
non procedit, vt est expressum in *l. qui generaliter circa fi. ff. qui potio. in pignore habeantur*, sed iure communi secura est dos, si bona sint libera, etiam si aliis sint post dotem constitutam obligata, vel vendita, vel aliter alienata, vt in *l. assiduis C. qui potior. in pignore habeantur*, cessat ergo hypotheca in dictis bonis maioratus, neque me mouerit creditoribus fraudi esse videri, quia & successor maioratus est potior, & antiquior creditor, cùm in rebus maioratus rectè constituti nullum possit esse antiquius debitum, vel potius quam successoris in ipso, qui à primo titulum habet non à debitore istius dotis ad hoc faciunt verba elegantia tex. in *lege in liberto ff. de solutioni.* optimus tex. in *lege. 1. Codice de bon. auto. iud. possiden.* vbi hoc probatur, si rectè con-

sidero

-ſideretur, ideo æquitas quædam, quæ pro creditoribus conſiderari ſolet potius eſt iniquitas qualem excelſo depingit *Paulus in l. ſi ſeruum in §. ſequitur ff. de verbo obliga.* Eſſe quæſtionem de boro, & æquo quo in genere inquit plerumque ſub auctoritate iuris ſcientiæ perniciosè erratur. Quæ enim æquitas eſt anteriori creditori adimere, vt poſteriori concedatur: quod nulla cauſa pia patitur, vt in *dict. l. aſsiduis*, ibi Ne ius quod poſteriori datum eſt. Etiam & fac, tex. in *c. nuper. de donatio. inter vir. & vxor. & in c. extenore de for. comp.* etiam facit optimus tex. in *c. cum cauſam, extrau. de præbend.* & hoc ita videtur clarum, vt multis verbis opus non ſit, & ita iſta obligatio rerum maioratus quaſi indemnitatis erit accipienda, de qua obligatione loquitur tex. *in dict. l. qui generaliter, &* tex. & Docto. in *l. ſi. in princip. ff. ſi cert. petat.*

CAPVT VI.

De his quæ dicta ſunt in lib. 1. circa interpretationem lege diffamari.

SVMMARIVM.

1. *Reus dicitur fugiens.*
2. *Interpretatio l. 46. tit. 2. p. 3.*
3. *Lex diffamari non eſt extendenda*
4. *Interpretatio l. ſi contendat de fide iuſſori.*
5. *Quando habens exceptionem agere poſsit.*
6. *An poſsit quis petere vt declaretur ſucceſsor poſt alicuius mortem.*

IN eodem tractatu de Hiſpano. primogen. in lib. 3. in c. 14. D. Ludoui. Moli. noſtram reprobat interpretationem, quam ad *l. diffamari C. de ingenu, & manumiſſ. in lib. 1. noſtra. interpretat. in c. 2.* adaptauimus, idque certè præter opinionem noſtram accidit, dum eam omnibus doctiſſimis viris probandam ſperabamus, cum ex iuris regulis, & quodammodo ex cõmunibus animi cõceptionibus deducatur: quis enim efficere poteſt, vt reus non ſit reus, & fugiens, hoc enim nomine, vt ibidẽ monſtrauimus *Iuſtinianus* reum appellat in *l. properandũ, C. de iudic. in §. ſi quidem.* eoque nomine apud rhetores Græcos paſſim enunciatur. vt reus fugiens actor perſequens reum appelletur, hic enim διώκων. ille vero Φεύγων, quis enim ſopitos excitet ignes & litium moueat camerinam: cum omnium gentium conſenſu prouerbio admoneamur: Litem ne quere cum licet fugere. Nam inimico recedenti pontem argenteum ædificandum conſulunt viri prudentes, & Alcibiades dicebat melius eſſe δίκην ἐκφυγεῖν quã ἀποφυγεῖν litem fugere quàm abſolui vi. in *apothema*, & *ſapiens in parabol. c. 15*, inquit. Homo peruerſus ſuſcitat lites. quantum autem bono viro hæc noſtra ſententia conueniat explicat *Cicero lib. officiorum ſecundo*. qui ita inquit, conueniet autem tum in dando munificum eſſe, tum in exigendo non acerbum, alitibus vero quantum liceat, & neſcio an paulo plus etiam quam liceat abhorrentem, eſt enim non modo liberali paululum non vnquam de iure ſuo diſcedere, ſed interdum etiam fructuoſum] Ex *Vlpian.* eleganter *in l. item ſi rei in §. 1. ff. de alienatione iudicij mutand. cauſ.* inquit, non tamen eius factum improbat Prætor, qui tanti habuit re carare, ne propter eam ſæpe litigaret, hæc enim verecunda cogitatio eius, qui lites execratur non eſt vituperanda. Quantum verò ab hoc diſcedat ille qui rem poſſidens litigat, nemo non videt; imo hęc interpretatio quodamodo legi Euangelicę aduerſatur, nam dominus *Matthei.* 5. inquit. Ei, qui vult tecum in iudicio contendere & tunicam tuam tollere, dimitte ei & pallium. Quia (vt *ait Auguſtin.*) Difficile eſt propria relinquere, ſed difficilius eſt à lite ſine crimine exire, Iſte verò qui iactationis querelam inſtituit ſine cauſ. vult iudicio contendere, cum nihil ei adimatur; tantum abeſt, vt ſua dimittere velit.

Deſideratem vt vir doctiſſimus argumentis noſtris, ſeu demonſtrationibus potius reſpondiſſet, ſed licet id omiſerit, nos ſuis non grauabimur ſatisfacere, illud autem eſt potiſſimum, quod *lege partita* ſua opi. comprobetur in *tertia parte in l. 46. titul. 2.* quæ licet expreſſa 2
eſſet. tamen ius commune interpretanti obijci non facilè poſſit, tamen apud me non eſſet leue fundamentum, ſi id, quod *Dominus Molina* dicit, illa lex probaret, cum ius commune diligentiſſimè leges illæ perſequantur, ſed ni falloe adeo lex illa à nobis ſtat, vt etiam ſola illius legis deciſione noſtra poſſit defendi opinio, nam imprimis lex illa regulam ſtatuit, vt ad iudiciũ reus inuitus non auocetur niſi quibuſdam ſpeciebus certis, vt puta ſi ſeruus quis appelletur, vel infamiæ verbis inſpergatur: his enim caſibus ſimilibuſque poteſt quis aduerſarium ad iudicium prouocare, vt vel id quod protulit verum eſſe oſtendat, vel fateatur iniuſte ea verba protuliſſe, vel iniuriæ pœnam quam iudex arbitretur exoluat, hoc autem noſtram comprobat ſententiam, qui ſolum vbi ſtatus, ſeu conditio perſonæ læditur vel ea iniuria afficitur, ille modus agendi iure permiſſum eſſe cenſuimus. Si enim quis non mentiens vel ſeruum ſuum, vel nocentem appellauerit, impunè id feciſſe videtur, ſecus ſi imponens id dicat, vt *in l. eum qui innocentem ff. de iniur.* denique mea non intereſt quod rem, quam poſſideo Sempronius ſuam aſſerat, cum ex hoc domo mea non deijciar, ideo ex diffamatione, vel vanis vocibus non magis moueri debeo, quam ſi dura ſilex, aut ſtet Marpeſia cautes, neque ſi quod ſua interſit, ſemper poſſeſſor aſſerat, audiendus erit, cum vanas voces potiùs ſpernere debeat, quàm litem inſtituere, vt oſtendimus in dict. c. nam & ambitioſam diligentiam reprobant iuriſconſulti, vt in *l. ſi bene collocate ff. de vſur.* & vi *l. pe ff. ad exhibend. vtil.* nec ſupinam *in fi. ff. de iuris. & fact. igno.*

Quod

3 Quod autem D. *Ludou.* contendit *dictam l. dif-*
mari exempli causa id proposuisse, parum promouet cum sub titulo certo illa l. constituatur, in quo de ingenuorum causis agitur, quod si generale id esset, potius *in titul. de actionib. & obligationib.* illa decisio esset subregula constituenda, sicut *l. fi. eaque C. de accusationib.* sub titulo illo generali, non sub materia speciali collocatur, ideo exemplum dici non potest, vt ad alia illa lex trahatur, cum illa materia peculiaris sit ratio vt latissimè in dict. c. ostendimus omnium actionum genera deducentes in quibus turbatio vel realis, vel verbalis consideretur, neque quod quæstionis bonorum quæstionibus libertatis, & status comparentur, efficit, vt æquales in vtroque sint diffamationes, cum in alijs diffamatio damnum inferat, in alijs vero nullum afferat præiudicium.

Quo ad *legem si contendat ff. de fideiussor.* non
4 existimo opus esse respondere, cum verba legis aperta sint, inquit enim. si contendat fide iussor cæteros soluendo esse, etiam exceptionem ei dandam, si non & illi soluendo sint, Versi. hic Si non & illi, Verba continet exceptionis fideiussoris opponentis agenti creditori rectè in solidum à me petentes. si nō alij fide iussores soluendo sint, vsitatissimus est hic modus excipiendi contra agentem apud iurisconsultos rectè ageres si non & cęt. vt in *l. 1. ff. famil. hercis.* ibi, Per hanc exceptionem, si in ea re de qua agitur præiudicium hereditati non fiat. Et in *l. itaque ff. de procuratori. & in l. sicut in §. illud versi. quod si n. ff. quib. mo. pig. vel hypo. solu. & in l. 2. ff. de exceptio. rei iudi. ibi.* si non & in *l. qua cum herede, ff. de actio. & obligatio. & in l. si à te in fine, & in l. si mater in §. idem Iulianus de exceptio. rei iudi. & in l. apud Celsum in §. item quæritur versi. extat Nerua & Atilicini. sententia, & in versi. Labeo 2. & in §. fi. ff. de dol. exceptio. & in l. si post litem in §. filius familias, & in lege si iudum ff. de exceptio. & in lege, sed & si lege in §. item si rem secundo ff. de petit. heredi. & in lege quæ pendentem ff. de actio. empt. & vendi.* elegans text. de replicatione loquens in *lege cum per delictum*, ibi Si non rei, & cęt. *ff. de regul. iur.* secundum veram litteram illius tex. quæ ex supradictis probatur, optimus tex. in §. *si de replicationi*, ibi. Per exceptionem si bonis cesserit, Et *in princip. eodem titulo*, ibi, Si non conuenerit, quos tex. maxime nota, quia non reperies collectos ab aliquo & addamus tex. *in lege si ff. de publicia. in rem actio & in lege si debitor ff. de pignori, & in lege si fundus in §. creditor eodem titulo*, optimus tex. *in l. Titia cum testamento in §. Caius Seius ff. de leg. 2.* vbi dicemus in numer. 7. aliquid dixi in *l. si à primo de lib. & posthum.*

Denique si agente creditore contendat fide iussor cæteros soluendo esse, etiam exceptioné ei dandam, Si non & illi soluendo sint, & ita clara est illius legis interpretatio, quia lex loquitur de diuisione quæ fit per epistolam Diui Adriani, ex qua exceptio reo competit contra actorem agentem, ne ab eo in solidum exigatur, vt in §. *si plures instit. de fidei iussoris.* quod si quis nobis Doctorum interpretationes ad dict. in lege si contendat obijciat, nos petere principium dicemus, & assumere id de quo est controuersia, nam in hoc Doctorum interpretationes falsas esse contendimus.

Quod si hanc rem penitius considerare ve- 5
limus, in *dict. l. si contendat*, nihil est cur reus agendo contendere possit, licet doctores id velint, *Bar. ibidem & in lege si finita in §. elegan-*
ter in numer. 3. de damn. infecto, nam licet 6
quando reus & actionem habet, & exceptionem possit prouocare ad iudicium vt per *Bar. in dict. §. eleganter*, tamen vbi nulla sibi competit actio neque officium iudicis nobile,) aduersarium enim iudicis officium, quod exceptionibus deseruit, nullas ad prouocandum ad iudicium vires obtinet) non potest reus ad iudicium actorem cogere, & vbi in l. fit mentio quod reus actorem conueniat de extra iudiciali conuentione intelligitur, vt in *l. 1. in fi. cum gl. ff. de vsur.* neque illa æquitas, quæ in exceptionibus inspici solet in hac specie versatur. *dict. l. si contendat* quia exceptio, illa quæ ex epistola Diui Adriani oritur, solum agenti creditori opponi poterit: nam si plures pro eodem debito fide iubeant omnes in solidum tenentur, licet exceptione, vt fiat diuiso per epistolam Diui Adriani inuenitur vt *in dict. §. si plures, instit. de fide iusso.* neque obstat fieri posse non petente creditore alterum ex fideiussoribus effici non soluendo, ideoque alius oneretur, vt in *l. inter fide iussores ff. de fide. iussori.* nam hoc facile euadere fide iussor potest si soluere suam partem creditori velit, alioquin si suam partem soluere nollit, quę ratio, aut æquitas exigit, vt diuidatur obligatio, vt periculo creditoris alius non soluendo efficiatur contra iuris regulas: quare enim audiatur fide iussor, qui suam partem soluere nollet, vt ab obligatione iuris liberetur iniuste; si enim solueret partem suam, solutione sua diuisio ex epistola, si tunc alter soluendo sit, locum habebit, & protestari poterit contra creditorem, neque opus iudicio erit, vel lite, vt *in l. si creditores C. de pact.* quod si forsan creditor partis solutionem recuset, totum offerens qui fidei iussit actiones sibi mandari aduersus confideiussorem petere iuste poterit, vt *in l. cum alter C. de fidei iussoribus.* ideo vt reus possit, antequam creditor agat, petere, vt actio diuidatur, iniquum est cum fide iussor non soluens inique creditoris ius, quod insolidum competit minuere properat,
licet Doctores, ex sua interpretatione *adict.* 7
legem si contendat de fide iusso. id admittere necesse est, semper enim solent, vno inconueniente admisso, inde plura sequi, vt in *lege raptas. C. de rescindend. venditione.*

6 De

6 De aliis autem iudiciis quæ agitari solent, vt quis post mortem alicuius declaretur successor, non est quid dicamus, cum tractus futuri temporis ad iudicem non expectet, vt in *l. 1. in* §. 1. *ff. de vsuris*, & iudicium , antequam aliquid debeatur accipi non possit, vt in *princip. insti. de action. & in l. non quemadmodum ff. de iud.* & possit actor interim mori, & iudicium elusorium effici, & ita *Terentius Clemens*, istam cognitionem ꝓhibet in *l. non oportet de legat.* 2. inquit enim, non oportet prius de conditione cuiusquam quæri, quam ad eum hæreditas legatumve pertineat, & ita benè *Pinel.* probat istam sententiam in *l. 1. in 3. par. in nu. 78. C. de bonis maternis* & vide *Henricum in c. in nostra de sepultur, & in c. constitutus in 2. col. de in integrum restitutio. & Alexandrum in consil. 95. in volu. 1.* & quæ tradit *Marian Socc. in c. significantib. in numero 75. de libell. oblatio.* facit tex. in *l. Atteius in* §. *si cum ibi nota ff de aqq. plu. arcen.* & vide *Rodericum Xuares in allegatione 3. & 4. & Dom. Antonium de Padilla in l. 1. C. de fideicommiss. & Antonium Gomez in l. 4. in nu. 49. in ll. Tauri, & Martian. in materia fideicommiss. in 3. parte in q. 61.* & ad materiam istius legis diffamari vide *decisio. Pedemont a. 151. & R. Episcop. Segobiens. in lib. 1. variarum resolutionum in cap. 18.*

CAPVT VII.

In quo comprobatur ex antiquorum vsu sententia quam defendimus in c. 1. in lib. 1. istarum interpretationum, & declaratur locus Aristotel.

SVMMARIVM.

1 *A, est nota absolutionis Th, vero condemnationis.*
2 *Alias notas alij vsurpabant.*
3 *Media via quando poterat eligi in condemnando.*
4 *Facti quæstio ad iudicem expectat.*

IN eodem lib. 1. harum selectarum interpretationum in c. 1. latissimè ostendimus nullo modo fieri posse, vt in delictorum punitione, quod probatio plena non sit, media via eligatur, vt partim quis absoluatur, partim condemnetur, licet Doctores nostri vulgo id probent,
1 quæ opinio nostra adeo vera est, vt omnium antiquorum consensu sit comprobata, qui duas tantum notas alteram absolutionis, alteram condemnationis Symbolum habebant A, scilicet absolutionis, Th. verò cõdemnationis quod hæc vltima θάνατον hoc est, mortẽ significaret, ideo *Persius* inquit & *Potis est vitio nigrum præfixere Theta* & *Ouidius*, *Mos erat antiquis niueis atrisque lapillis, His damnare reos, illis absoluere culpa.* Non ergo erat tertia litera, qua partim absoluere partim possent condemnare , erat enim repugnantia quædam, & quamuis vnus Hippodamus Milesius hanc mediam probauerit viam, qui sententias in iudiciis, non calculis ferendas esse censebat, sed vnum quemque iudicem tabellam afferre in qua suam sententiam scriberet, si condemnaret simpliciter, sin absolueret simpliciter, sin partim condemnaret, partim absolueret idipsum diffiniret, sed eius iudicium reprehendit *Aristot. Politico lib. 2. c. 6.* quia id potius arbitrium, quam iudicium esse censet, quod nostrãm sententiam probat, cum iudicia ex lege non ex arbitrio constitui debeant, qua vt inquit *Aristotel. Politic. lib. 2. in c. 8.* Non secundum legem scri- 2
ptam iudicare, sed secundum quod sibi videtur, periculosum est. Et licet *Asconius Pedianus* alia symbola fuisse velit, scilicet condemnationis, Th. absolutionis verò T. tertiumque. A. scilicet ampliationis qua differendum iudicarent dum eis non satis liqueret, id tamen nostram potius sententiam confirmat, cum nunquam partim absoluere, partim cõdemnare fuerit admissum, quod si quis mihi obiiciat, me ipsum in dicto c. 1. statuisse partim posse quem absolui, partim condemnari, si delictum ex accidenti leuius sit, vt si in rixa, si iusto dolore commotus delique- 3
rit, vel si in defendendo se excesserit, vel si id exigat ætas, ideo necesse esse quandoque mediam viam eligere, & potius Hippodami, quam Aristotelis sententiam esse probandam, non negabo vsu vtilitatis causa Hippodami sentẽtiam receptam esse instè, vt circuitus viretur, nam secundum Aristot. sententiam in prędictis speciebus , qui homicidij accusabatur absolutionis sententiam obtinebat, neque enim homicidij mortis pœnam merebatur, sed iterum ad aliam pœnam iudicium instituebatur, neque rei iudicatæ exceptio obstabat, quod non sine culpa esse, sed non reum mortis, iudicatum fuit, vt ipse Aristoteles exemplo peculiarij iudicij probat, sed quia, vt dixi, vt circuitus viretur, aliter nostra sunt instituta iudicia, poterit media via sine nouo iudicio eligi ex Hippodami sententia, vt latissimè diximus in nostro libello de redditib. ecclesiast. in 4. par. in c. 6. sed id ratione causæ quod læuius crimen sit admittitur, non autem quod probatum sit vno, vel alio modo, in quo nostra versatur opinio, quia si dubia res est, potior est causa absolutionis, nam vt in *Problema. Arist.* Vnusquisque nostrum nocentem potius velit liberare, quam innocentem condemnare, cum enim quis ambigit errorem suscipere debet leuiorem.] Et *Antiphon.* Si peccandum sit iniustè reum absoluere , quam iniustè perdere melius fuerit: illud enim quidem peccatum est, hoc verò impietas.] Et *Marcellus in l. proximè ff. de his quæ in testament. delent.* In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustum est, quam tutum.] vi. tex nota. *in l. 2. in* §. *toties in versi. æquius ff. de vent. in possessio. mitten.* optimus tex. in *l. sed si is, in versi. neque mirum* ff. *de Carbon. edict.* 4
denique factum vel non factum esse crimen iudex pronunciare debet, non autem qua pœna plectendus sit, nam vt *Papinianus* respondit. Facti quidem quæstio in arbitrio iudicantis est, pœnæ verò persecutio, non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reseruatur,] Vt *Marcianus* refert in *l. 1. in* §. 1. *in versicul. calumniatus* ff.

ad

ad Senatusconsult. Turpil. vt diximus in *dict. capit. primo*; quod si quis quærat vbi hæc Papiniani sententia reperiatur scripta, reperiet eam in *l. ordine ff. ad municipal.* ibi, Cum facti quidem quæstio sit in potestate iudicantium, iuris autem authoritas non sit.] Huius autem rei rationem explicat elegantissime *Aristot. Artis rhetoricæ lib. 1.* qui ita inquit, Maxime quidem convenit recte conditas leges omnia quæcumque possunt ipsas decidere, & quam paucissima his, qui iudicant, permittere.] Et ibi ponit rationes, & postea subiungit, Factum vero sit, an non factum, futurum sit an non sit, iudicatoribus permittere necesse est, neque enim vt ea legislator prouideat fieri potest.]

CAP. VIII.

De his quæ dicta sunt supra in lib. 2. in c. 1. circa interpretationem legis Seruo manumisso, de condictio. indebit.

SVMMARIVM.

1. *De intellectu l. pater filio, ff. de heredi. instituen. & l. testamento domini, eod. titul.*
2. *Inter hereditates & legata multum interest circa interpretationem Senatus consulti.*
3. *Alia interpretatio dicti Senatus consulti.*

IN lib. 2. istarum interpretationum in c. 1. latius interpretati sumus Senatusconsultum quo cautum erat, Vt qui post manumissionem originem repetierint, ea quæ de domo manumissoris habent ibi relinquant.] quod Senatusconsultum refertur in *l. 1. C. de ingen. & manumiss.* & *in l. de bonis ff. de libera. caus.* & ita in *dict. l. seruo manumiss.* ideo legatum ingenuo relictum, si ad libertatem ex testamento peruenerit, repetitur, si ingenuus iudicetur, quia repetijt originem, non autem ex eo, quod conditio legati defecerit, denique & si vere ingenuus sit, si ipse non repetat originem non priuatur legato: hoc enim in pœnam constitutum est, & ista est vera illius legis interpretatio, vt in dict. c. 1. ostendimus in num. 27.

Sed contra istud Senatus consultum sunt
1 duæ fortissimæ leges, altera Neratij, altera Tryphonij, qui cum fuerint ex recentioribus iurisconsultis, dictum Senatus consultum non potuerunt ignorare, prior est *l. pater filio impuberi, ff. de hæredib. instituend.* altera *l. testamento domini, eodem titul.* vbi si quis instituatur cum libertate, & aliunde liber sit, hæres voluntarius existet, nam in *illa l. pater*, pupillus seruum sibi à patre substitutum Titio vendidit, Titius seruum, hæredem, & libertum reliquit filio mortuo in pupillari ætate, seruus liber fit ex patris testamento, & tamen poterit esse hæres Titio si voluerit. quamuis vindicet se in libertatem ex alterius testamento. nam inquit textus, Si pupillo hæres extitit, proprius est, vt Titio quoque si velit hæres esse possit.] Facit textus in *l. sub conditione ff. de liber. & post.* idemque contigit in *dict. l. testamento domini*, si ex præmio liber efficit, vt si velit ex domini testamento hæres sit, inquit *Tryphon.* Si aliunde liber est, idest ex præmio, non est necessarius domino hæres, licet autem ei volenti adire.]

Ad istam posteriorem legem non esset difficilis responsio, cum ex eo liber fuerit, quod mortem domini detexerit, ideo non indignus est hæreditatis, quod ex merito in dominum à lege libertatem consequutus. nam verba tex. hæc sunt, Testamento domini seruus sub conditione cum libertate hæres institutus, pendente adhuc conditione necem domini detexit, & si postea conditio testamenti extiterit, aliunde liber est, &c.]

Sed hæc responsio non potest adaptari ad *dictam l. pater filio*, ideo aliter est opus respondere, scilicet quod dictum Senatusconsultum in legatis locum habeat, non in hæreditate,
enim pœnam, vt dixi contineat, non est ad hæreditatem trahendum, nam licet senatus consultum loqueretur generaliter, vt ea restituerent, quæ de domo manumissoris haberent, tamen quia ea quæ ex vltima voluntate sibi sunt relicta, non proprie de domo manumissoris habere videntur, cum iam eo mortuo sibi acquirantur, ideo opus fuit interpretatione, vt ad legata Senatus consultum traherent, & ita *in dicta l. 1. C. de ingenu. & manumis.* dicitur, In qua causa etiam legata vel liberto data esse iurisprudentibus placuit.] Non autem ijdem iurisprudentes de hæreditate loquuti sunt, & lex pœnalis etiã ex eadem, vel maiori ratione non est extendẽda, vt diximus alibi, & notant Doctores in *auth. quas actiones C. de sacrosanc. eccle.* Optime *Nicolaus Euerard. in loco à ratione legis.* sed non solum non est eadem ratio in hæreditate, verum necessario dicendum est, Senatus consultũ nullo modo posse in hæreditatibus habere locum, nam si ponimus hæredem esse illum, qui libertus sit domini sui veri, vel putatiui sit successor, quod etiam, si non solus, sed ex parte hæres sit, verum existimo, quasi sibi ipsi sit assignatus, licet lege expressum non meminerim, & hic intellectus videtur optimus ad dictas leges, neque intelligas de assignatione, quæ fit ex Senatusconsulto, quæ solum in liberis locum habet, sed de alia potiori quæ fit per hæredis institutionem, per quam cum domino vna persona efficitur.

Sed huic intellectui videtur obstare tex. singularis in *l. Caius Seius ff. de iure patronat.* ideo verius est, licet prædicta ratio assignationis cesset, adhuc etiam ad hæreditatem non trahi dictum Senatusconsultum.

Potest alio etiam modo euadi hæc difficultas, quod senatusconsultum de his loquatur, 3
qui ingenuos se esse profitentur natos, non

autem de his, qui seruos se fuisse profitentur, sed aliunde manumissos, & hoc videtur expressum in *l.3. ff. si libert. ingenu. esse dicatur.* vbi *Pomponius* interpretans dictum Senatusconsultum inquit, Hoc sermone agnitis natalibus, de nullis alijs intelligendum est Senatus consultum sensisse quam ingenuis.] Sed in dictis legibus non repetierunt originem suam, neque ingenuos natales, sed aliunde se esse manumissos asseuerant, ideo cessat Senatus consultum, quod est valde notandum: quia *l. seruo manumisso* de eo loquitur, qui ingenuus pronuntiatus est, & potest ad hoc induci elegans tex. in *l. statu liberum in fi. princip. de leg. 2.* sed non omnibus contingit adire Corinthum neque inducere illam.

CAP. IX.

Circa ea quæ dicta sunt in libro 1. in cap. 8.

SVMMARIVM.

1. *Potestas principis circa dominium rerum eadem est, siue dominium sit iure gentium, siue iure ciuili quæsitum.*
2. *Eadem circa contractus vel legata pura vel conditionalia.*
3. *Citatio partis, non sufficit vt dominium possit auferri.*

1 SVpra in lib. 1. harum selectarum interpretationum in c. 8. latissime ostendimus non magis posse principem auferre dominium ex causa iure ciuili inducta, quæsitum, quam res illa ex iure gentium contractibus esset in bonis nostris, nihilque referre sit ius, vel dominium quæsitum de præsenti, vel solum ius quod dicunt ad rem de futuro, sit iam ortum, vel sit tantum probabilis spes à lege approbata, denique dominium vsucapione esse quæsitum, vel emptione nihil interest, vel quod contractus ius, quod adimitur sit purum, in diem, vel sub conditione: nam idem est, dum condi-
2 tio postea non deficiat, tunc enim nihil ademptum appareret, vt in *l. si marito cum l. sequent.* quæ incipit, erit ergo potestas legis ambulatoria. *ff. de fund. dot. & in lege Aquilia si delectum, ff. ad legem Aquil.* facit text. in *l. quidam tabularum, ff. de furt. & in l ficum optio seru. de optio lega. & in l. cum optio.* sic etiam erit ambulatoria principis potestas ius ex contractu conditionali, vel testamento adimendi, vt si conditio existat, nihil fecisse videatur, si deficiat, valeat eius dispositio, quod satis superque in dict. c. 8. probauimus, sed quia hæc vulgo non intelliguntur, & ab adulatoribus principum non ita facile probantur, nunc breuissime addemus quæ etiam rem manifeste ostendant.

Primo nihil interest si Titius rem mihi furetur, vt furti teneatur. Quod lege naturali prohibitum est admittere.] vt in §. *furtum de obligatio. quæ delict. nascunt. & in l. 1. in ff. de furt.* illa res meâ fuerit vsucapione, vel alia iure ciuilis acquisitione; an vero ex contractibus iuris gentium, sicut dicimus quod sacerdotium, & Episcopatus sunt de iure diuino, & obedire principi, licet quod sit ille presbyter, vel Episcopus vel princeps, sit de iure positiuo; non tamen id efficit, quin in eis violetur ius diuinum, vt recte colligitur in libello de resident. ergo eodem modo violatur ius naturale in auferendo dominium quæsitum iure ciuili, sicut violatur quando aufertur dominium quæsitum ex contractibus iuris gentium. ergo non est maior principis potestas in hoc dominio, quam in illo. nam in iure ad rem vel conditionali idem iuris est quod in puro, quia eodem modo læderetur contractus ipse gestus sub conditione, quo purus, qui iuris gentium est, & idem est in legato conditionali: licet enim adimendo rem, quæ nondum est mea non videtur mihi auferre dominium; violatur tamen testatoris voluntas, contra quam nihil posset princeps ipse contra ipsos adulatores. fatetur in *l. testamentum C. de testamen.* item adueniente conditione rem meam ablatam apparet, & ita illa distinctio Doctorum de iure in re, vel ad rem omnino reijcienda est, quia Hoc aliter costitui sine magna captione posthumorum liberorum, qui parentibus hæredes erunt, non poterit.] Et alia absurda multa sequerentur quæ elegantissime *Pomponius iurisc͏̃ultus* prosequitur in *l. ob id quod ff. ad l. Aquil.* neque si mere iuris ciuilis hæc essent sequerentur & quæ Doctores dicunt, nam vt late diximus in dict. capit. nisi propter delictum in ius commune quo alij vtuntur, nulli est auferendum, nam & *Sanct. Thom. in opuscul. de erudition. Princip. in lib. 1. in c. 1.* inquit, Vbi non delinquimus pares sumus.] Ideo maiores, inquit *Cicer.* in priuatos homines leges ferri noluerunt, id est enim priuilegium. quo quid est iniustius.] Et *Aristotel. in lib. 3. politico. in c. 5.* Aut enim dicendum est non esse ciues, aut ad participatione vtilitatis sunt recipiendi.]Post hæc scripta & excusis iam ante dictis Selectis interpretationibus, incidimus in libellum Ariæ Pinelli iurisc͏̃ulti Lusitani eruditissimi, qui differentiam inter ius quæsitum ex iure gentium, vel ciuile, quam Doctores nostri constituunt, latissime & prolixe, vt solet, reprobat in rub. *C. de rescind. vendi. in 1. parte in c. 2. per totum,* sed non posuit hæc nostra, & ex lectura ipsa facile quilibet intelliget nos eum non vidisse, nec ab eo aliquid accepisse aliquis nos accusare poterit, cum breuius, pressius, & subtilius ni fallimur ea tractauerimus: cui Asiatica illa redundantia placuerit prolixius apud eum leget; nobis Laconismus magis placet, qui antiquorum libris semper incumbimus recentiorum Adolechiam execrantes, qui bonas horas male collocari efficiunt, nisi caute defungendi causa succisiuis horis legantur. Ex supradictis

prædictis apparet, multa quæ Doctores ponunt in hac materia esse falsa, quorum bonam partem cumulat *Auno. in tract. de antiquita. tempor. in 1. parte in c.1. cum sequent. 3.* Neque quod pars cuius interest citetur iustificantur hæc rescripta, nam in eodem c.8. in num.3. reprobauimus in hoc Doctorum sententiam, qui in *l. Gallus in §. & quid si tantum, de liber. & posthum.* volunt citationes eorum, quorum interest maximum effectum inducere, vt eis fiat præiudicium, quod nos leuissimum esse existimamus, vt alicui ius auferatur, quia citationes ex quibus solet fieri præiudicium ad actus iudiciales pertinent, non ad gratias, quas principes facere solent: ideo etiam si fiat citatio integrum remanet iudicium via ordinaria nullo ex citatione et rei facto præiudicio, quamuis *D. Ludou. Molina* meritissimus consilij supremi auditor pro sua excellenti eruditione, hanc nostram opinionem improbet *in tract. de Hispano. primoge. in lib.3. in num.23.* existimans quod summaria cognitio præiudicare debeat partibus citatis, vel saltem illi, qui primo loco ad maioratus successionem vocatus est. Sed licet doctissimus vir hoc existimet, non tamen possumus à nostra opinione, quam verissimam putamus, discedere: nam vt concedamus rectissime facere consiliarios Regios cameræ ei rei præpositos, & Principem ipsum si hanc cognitionem diligentissime adhibeat, vt nulli iniuria fiat, semper tamen ea cognitio summaria erit, cum non sit seruata forma plenarij iudicij, & res iudicata supra ea re non sit interposita, quam summariam cognitionem in te adeo præiudiciali efficere, vt noceat citato, tamquam si res iudicata foret, non posse carere iniustitia. Nō potest ergo hoc iudicium priuatum publico, & solemni iudicio facere præiudicium, maxime quia adhibetur, vt Princeps suæ conscientiæ satisfaciat, quæ etiam extraiudicialiter, & sine partis citatione potest esse informata, & certe vt testificatus sum in eo c. in Romana curia illa summaria cognitio in actis non redigitur, neque de his publica munumenta coram notarijs fiunt, & ita citationes quæ fiunt, vt referendarij informentur extraiudiciales penitus sunt, neque seruantur in actis, nulla enim in hoc acta fiunt. an idem obseruetur in Regia curia non possum ita esse testis oculatus: fatetur quod *ipse D.Ludoui. Molina*, qui huius rei est locupletissimus testis, fateatur hanc esse summariam cognitionem, quo fit, vt satis opinio nostra probetur quod hæ citationes, & iudicia non possunt plenario iudicio præiudicium afferre. maxime quia hi actus iudiciales non sunt, ideo neque citatio, quæ solo iure ciuili non naturali ad actus iudiciales est inducta, vt diximus in lib.2. in c.14. in nu.8. potest hoc facere præiudicium iure non iudiciali. quid enim si non compareat, an successori nocebit, quod neque iure communi admittitur, ideo melius faciet non comparere, vt in *l. qui repudiantis in §. si cum concordanti. ff. de inofficio. testa.* quid si nihil alleget, quia non profuturum speret: sed certe melius est omnia iudicio plenario reseruare, quam his summarijs cognitionibus res iudicatas efficere, sed inuenta sunt remedia vt non solum res sit iudicata, sed iudicatissima, vt in eodem c.8. in num.12. diximus ex *Bar. in l. si de canon. frumenta vrb. Rom. li.11. nor. Rip. in l.1 in § sublata in 5. limitatio. ff. ad Senat. cons. Trebellia* & probatur in *l. iudicium soluitur ff. de iudic.* sed potentioribus pares esse non possumus.

CAP. X.

Circa ea quæ dicta sunt in lib. 1. in cap. 9.

SVMMARIVM.

1. *Maius peccatum committitur ex incestu cum propria consanguinea, quam cum consanguinea vxoris.*
2. *An incestus impediat contrahere matrimonium in vtraque specie, vel solum in posteriori, vel potius in neutra.*
3. *Affinitas contrahitur per fornicationem & sine matrimonio.*
4. *Pœnitentia iniungi potest ne matrimonium contrahatur.*

Diximus in lib.1. harum interpretationum in c.9. prohibitum esse eum, qui incestum commisit contrahere matrimonium, contractum tamen tenet, sed exigere debitum sine peccato mortali, qui ita contraxit, non potest, licet reddere teneatur. hæc probantur *in c. transmisse. & in c.1. cum sequent. de eo qui cognouit consanguineam vxoris suæ, & in cap. concubuisti 32.q.7.* & notatur in *c.2. de pœnit. & remissio.* sed hæc res non parum est controuersa, nam licet in eo qui cognouit consanguineam vxoris suæ viuæ vel mortuæ, vel in ea quæ cognita est à consanguineo mariti sui res sit manifesta, tamen de eo, qui cognouit consanguineam propriam, licet maius sit peccatum committere incestum cum consanguinea propria, quam cum consanguinea vxoris, cum maius sit vinculum consanguinitatis, quam affinitatis, matrimonium alij interdictum, alij simpliciter permissum, alij prohibitum, sed si contrahatur, licet in contrahendo peccetur, sine peccato tamen & petere, & reddere debitum posse. Primum volunt doctores in *dict. cap. 1. de eo qui cognouit consanguineam vxoris suæ*, & asserit magis commu. *D. Martinus Nauarrus in manual. in c.22. in num. 74. & 75.* & probatur in *l. 13. tit. 2. p. 4.* vbi *Gregorius Lopez*, contrarium vero tenet *Siluest. ibi allegatus*, vt non impediatur matrimonium propter incestum commissum cum consanguinea, in *verb. matrimonium 7.*

circa finem, qui putat Sanctum Thomam fuisse istius opinionis, quia licet sit maius peccatum coire cum consanguinea, quam cum affini, non tamen id consideratur, sed quod copula cum consanguinea non habet in se contemptum matrimonij, sicut copula cum affini vxoris, vel mariti sui. quo fiet vt si affinitas extra matrimonium vitietur per incestum quod idē erit de consanguinitate, vt non impediat matrimonium cum tertia, vt si quis vel duas sorores cognouerit vel amitam, & neptem, nam hic affinitatis incestus fit, quia affinitas contrahi
3 potest extra matrimonium per fornicationem, vt in c. *fraternitatem*, *& in c. de illo*, & in multis alijs illius tit. *de eo qui cognou. consangui. vxor. sua*, & licet *gl. in l. non facile ff. de gradib. in verb. per nuptias*, *& in* §. 1. id dicant tantum esse de iure canonico, non ciuili, tamen idem est de iure ciuili, vt per fornicationem contrahatur affinitas, vt expresse probatur in *l. adoptiuum*, *in* §. *idem tamen*, *ff. de ritu nuptia*. ibi, Cum enim cognatio seruilis intelligitur, quare non est affinitas intelligatur?] Et probatur in *l. liberi C. de nuptijs*, *& in l. 1. in* §. *si qua in patrona*. vbi gl. notat. *ff. de concubinis*, neque text. qui pro contraria parte allegatur, aliquid facit, *in dict. l. non facile. in* §. *sciendum*, vbi *Modestinus* inquit: Sciendum est, neque cognationem, neque affinitatem esse posse, vbi nuptiæ interdictæ sunt ex quibus affinitas coniungitur.] Quia hic tex. intelligitur nisi sequuta fuerit copula, nam alioquin quod de cognatione dicitur aperte falsum est, vt in *l. & nihil interest de rit. nup.* vide *l. adop.* §. *seruiles eo tit.* & quod dicitur in *dict.* §. *sciendum*, est etiam de iure Canonico, quia matrimonium nullum sine copula neque consanguinitatem neque affinitatem inducit, licet inducat aliquando impedimentum publicæ honestatis, vt in *c. ad audientiam*, *extra de sponsa.* & *in c. duo pueri*, *cum ibi notat. de desponsatio. impuber.* & licet *Hippolytus de Marsi. allegans Ancarra. in sing.* 254. dicat considerari affinitatem per fornicationem quo ad impedimenta matrimonij, nō quoad punitionem incestus, tamen ista distinctio non probatur in iure, cum appelletur nefaria coniunctio, vt in *dicta l. 1. de concubi.* & matrimonium potius excusare soleat incestum, vt in *l. si adulterium cum incestu*, *in* §. *non vnquam*, *ff. ad leg. Iuliam*, *de adulteris*. Ideo ista opinio placere non potest, denique quoad impediendum matrimonium videtur læsi matrimonij haberi respectus, ideo incestus cognationis, in qua non est respectus matrimonij, non impedit matrimonium, & hanc opinionem tenet *R. Episc. Segob. in 4. decretal. in 2. par. in c. 6. in num. 4. Alfon.* vero *de Cast.* prohiberi quidem matrimonium concedit, ideo cum peccato contrahi, sed copulam post contractum licite exigi, in *lib. de leg. pœnal. in c. 7. in 3. documento circa fi.* mihi vero videtur non satis hanc rem explicatam, & text. fere contraria asserunt, nisi concilientur vt infra dicemus, nam text. in *c. si duo. 35. q. 6.* expresse matrimonium contrahere permittit: dicit enim qui iuuenes sunt alia matrimonia contrahere non prohibentur. Item videtur probari *in cap si quis duabus 33. q. 2.* per contrarium in *c. si quis viduam 32. q. 7.* in eo qui propriam cōsanguineam cognouit matrimonium prohiberi videtur, quod est ex *concil. Mogun.* quod tamen *Gratianus in c. si quis cum nouerca*, *in versi. quamuis ead. caus. & q.* refert aliquos intelligere vt inter incestos ipsos matrimonium prohibeatur, non inter tertios; text. in *c. de incestis 35. q. 2.* ex concilio Agath. nihil declarat, glo. tamen vult dispensationem requiri, & text. *in c. si cum matre 35. q. 2.* videtur matrimonium prohibere, nisi intelligatur quando alteram habuit in vxorem, licet pura videatur hæc interpretatio, sed non dissimilis ab ea quæ fit, in *c. qui dormierit 32. q. 7. & 27. q. 2.* ideo verius existimo Canones prædictos prohibentes incestos cum consanguineis matrimonium contrahere eo pertinere, vt iudicio iudicis, & confessorum relinquatur, vt possint eis hoc imponere, si putant posse continere, non autem si non imponatur à confessore hoc à Canone præcisè impositum, nisi illis, qui cum affinibus incestum commiserunt, vt *in dict. c. transmisse.* quod certe & partem esse illius pœnitentiæ dici potest, ita vt sacerdos posset etiam matrimonium non prohibere nisi criminis grauitas, qualis est in primo gradu incestus in *d. c. transmisse.* aliud exigeret: optimum tamen esset super hoc declarationem à sancta sede Apostolica fieri in vniuersum, in omnibus tamen speciebus quin Episcopus dispensare possit dubitat nemo, causamque subesse quod iuuenes sint, nam dicti Canones hanc rationem considerant, in *cap. ex literis de eo qui cogno. consang. vxor. & in c. si duo 35. q. 6. & in c. adolescentia, 33. q. 2.* nam & in his quibus propter delictum prohibetur matrimonium in *dict. cap. 2. de pœnit. & remission.* id videtur non præcisè induci, sed adolescentiæ habita ratione, ideoque sacerdotis iudicio relinqui. Sed desiderarem maxime in hac re (vt dixi) sedis Apostolicæ declarationē, & ideo hanc rem alijs potius iudicandam relinquo. Aliqui putant, quod credi potest, quod dicti canones in desuetudinem abierint, ideo vbi est consuetudo, vt dispensatio non impetretur obseruanda erit, vt tenent doctores.

CAP. XI.

De interpretatione auth. Lucrum C. de secund. nuptijs.

SVMMARIVM.

1. *Si mater, ex successione filij bona mariti possideat; vtrum possit inter filios diuidere.*
2. *Neque quoad legitimam matris sunt dicta bona libera.*

Est

EST etiam alia quæstio in qua aliorum etiam
1 iudicium desidero. Per leges codicis pro-
hibitum est mulieri, quæ transiuit ad secun-
das nuptias, de illis bonis, quæ à priori viro
habuit, vel à filijs ex paterna successione, ad
alios, quam ad filios transferre, inter filios au-
tem potest disponere, & quem velit ex eis eli-
gere, vt in *l. generaliter, in §. diuidendi. C. de se-
cund. nupt.* Hæc autem electio per ius authen-
ticorum ei adimitur, in *auth. de non eligend. se-
cund. nubent. in §. prospeximus. collat. 1. & in
auth. de nupt. in §. venient, collat. 4. & in auth. lu-
crum. C. de secund. nupt.* Sed hi textus loquuntur
de lucris nuptialibus habitis à marito, vel ex
donatione, vel legato à marito immediatè
prouenientibus, ideo dubium est si mulier ex
successione filij ab intestato bona mariti possi-
deat, iuxta *authen. ex testamento, C. de secund. nup.*
vtrum ea bona possit inter filios arbitrio suo
diuidere, alij maiorem portionem conferen-
do, an vero hæc electio ei sublata videatur? du-
bito quia text. de hoc non loquuntur, neque
aliquis ex nostris doctoribus, quem ego vide-
rim. nam omittunt hoc ordinarij doctores ibi
& recentiores repetentes titulum de secund.
nuptijs, & *Xuarez*, qui de hac auth. tractat in *l.
quoniam in prioribus C. de inoffi. testament. in 10. li-
mit. l. regni de lucris nuptialibus* loquitur, & idem
in tit. de las arras, in versi. arra, qui data opera in
illis expresse loquitur, *& Ludouic. Molina in lib. 2.
de Hispania. primoge. in c. 10. num. 60.* hos ter-
minos non transgreditur. Pro vtraque parte
possunt argumenta induci, vt ad bona mariti
per filiorum successionem dict. auth. trahatur,
quia videtur habere locum, non solum in illis,
quæ ab viro ipso prouenerunt, verum in illis
lucris, quæ contemplatione viri sunt delata. ar-
gument., *eod. tit. in auth. in donatione.* Pro par-
te contraria faciunt quæ *Ripa* tradit *in l. fæ-
mina in num. 34. eo tit.* & facit, quia iam filij pa-
trimonium effectum est, vt *in l. si. C. de inoffi. te-
sta.* & sufficit vt retineat illam qualitatem, vt fi-
lijs reseruetur, non tamen infertur vt electio-
nis ius matri auferri debeat: quia hoc expres-
sum in lege non repetitur, sed illud tantum, &
hoc pœnale est, neque ita filijs primi matrimo-
nij præiudiciale, vel nociuum, cum sit saluum
eis ius legitimæ, & insuper in id, quod amplius
est extero relinqui non possit, sed ipsis filijs, &
hanc partem veriorem putamus, sed parati, si
alius meliorem attulerit, nostram mutare sen-
tentiam.

Et not. quod ab hoc onere imposito matri
in bonis sui filij ab intestato delatis, quæ patris
sui fuerunt, non eximitur legitima ipsius ma-
tris, nam neque legitimam suam extero pote-
rit relinquere, vt bene obseruat post antiquos
quos refert *Ioan. de Garroni. in authen. ex testa-
mento in num. 30. cum sequent.* licet dubitet *Rip. in
l. fæminæ, in §. illud in fin.*

CAP. XII.

De his, quæ dicta sunt in lib. 1. harum in-
terpretatio. in cap. 11. circa l. 2. C. de
rescindend. vendition.

SVMMARIVM.

1. *l. 2. beneficium non potest tolli aliqua machinatione.*
2. *Etiam si donetur quod pluris est & insinuatio fiat.*
3. *Ex defectu potius potestatis contractus quàm volunta-
tis læsi deficit in d. l. 2.*
4. *Neque prodesse iuramentum, quia relaxatione habita
irritatur contractus vel renunciatio.*
5. *Iuramenta essent prohibenda in omnibus contracti-
bus.*
6. *Donationis, & venditionis contrarij fines.*
7. *Omnes conuentiones, sunt pars emptionis.*
8. *Eadem facilitate qua est facta venditio adijcitur clau-
sula donationis.*
9. *Vbi est infirmitas voluntatis, lex tollit iustissime pote-
statem.*
10. *Sit sagax vel imperitus venditor, non mutat iuris
dispositionem.*
11. *Quid in foro conscientia.*

IN lib. 1. harum interpretationum in c. 11.
multa diximus circa *leg. secund. in C. de rescin-
den. vendition.* ibi ostendimus plures doctorum
errores circa illius legis interpretationem, il-
lamque interpretandam fore etiam si sciens,
prudensque sit læsus venditor: & iusti pre- 1
tij conscius illius rei, quam vendidit, & et-
iam si expresse beneficio illius legis renun-
tiet, siue generaliter, siue in specie, quinimo
etiam si donet quod pluris sit, & addo etiam
si iudicem adeat, & insinuet venditionem,
quatenus donatio sit: nulla enim machina-
tione effici potest, vt illius legis beneficium, 2
& æquitas excludatur: horum ratio ex his,
quæ ibi late diximus manifesta est. nunc ve-
ro vt omnia vnico verbo concludamus, di-
cimus quod beneficium illius l. 2. non iam ex 3
defectu voluntatis læsi contrahentis, quam
potestatis inducitur, quo fit vt quicquid vo-
luntatem respiciat, nihil ex dictæ l. dispositio-
ne mutari possit, vt in *l. nemo potest, ff. de leg. prim.*
adeo vt si iuris rigore, & æquitatem ipsam re-
cte obseruemus, etiam adiectio iuris iurandi 4
nihil efficiat, nisi quatenus in vsuris, & in simi-
libus reprobis contractibus, vt *c. debitores de iu-
reiurando*, si re non tradita fiat, neque de non
repetendo iuretur, si vero fiat vel iuretur, vt re-
laxatio debeatur, iuxta *c. 1. de iura.* & licet *lege
part. 56. tit. p. 5.* disponatur dictum beneficium
iuramento à maiore præstito excludi, id tamen
ne iniustissimum sit secundum prædictam in-
terpretationem erit accipiendum.

Quinimo miror cum iuramentis satis sine 5
iudicio præstitis tot iuris prouidæ, & consultis-
simæ constitutiones, sanctissimæque leges de-
struantur, quomodo non venerit in mentem
iuris conditoribus, vt interdicerent omnino in

omnibus contractibus, iuramenti interpositionem: nam si contractus ipsi satis rectè & cũ iudicio fiunt, vi sua iuris executionem sortieotur sine iuramenti interpositione, sin autem non satis cum iudicio, sed necessitate quadam aut facilitate fiant, quare iuramenti adiectione vires habere debent, & ita sacramentum in contractibus superfluum est, aut præstat iniquitati fomentum, fragile mulierum genus indotatum efficit, paterna substantia minores spoliat, astotos homines vsurarios, & lattones tuetur, quare igitur à republica non exterminatur, vel *auctore D. Chrysost. in hom. ad populum Antiochen.* quod si iuramenta vana detestatur Deus, quare & in perniciem imbecillioris sexus, & ætatis extorta grassantur impune?

Sed omissis iuramentis quo pacto l. 2. beneficium renuntiatione, vel donatione tolletur? cùm donatio liberam omnino, & deliberatam voluntatem requirat, & si maioris quantitatis sit, etiam iudicis auctoritatem: & voluntas quæ in venditione incidit, talis non est, cùm venditionis finis, & causa liberalitati repu-
6 gnet, vt ibi ostẽdimus per *l. si voluntate, C. de rescindend. vendit. & aliis multis legibus* comprobauimus, quod etiam in non absimili specie probatur in *l. final. C. de pact. pignor.* vbi pactum etiam quod donationem non continet, sed venditionem, reprobatur, quia non videtur habere voluntatem adeo liberam, vt in venditione est necessaria, multo magis dicemus in venditione, quæ sumptibus necessarijs vrgentibus solet celebrari, vt dicit text. in *l. si voluntate, de rescindend. vendit.* non esse voluntatem liberam quæ ad donationem ei adiunctam sufficiat, cùm donatio propter venditionem, cui accidit, fit, & sicut *in dicta lege si pactum, l. commissoriæ.* adiectum videtur ex mutui necessitate, & pars eius est, quia non aliter mutuasset fœnerator, quã eo pacto adiecto, ita in venditione adiecta, donatio necessitate venditionis adiecta videtur cùm pars ipsius sit: immo si rectè considerarur dicta l. fin. loquitur in difficiliori specie, & probat fortissimè sententiam nostram. nam ibi pactum *l. commissoriæ*, accessoriam continet venditionem, quæ venditio non est ita damnosa, sicut donatio, sed quia miscetur cum pignore, non videtur habere liberam voluntatem, & talem qualis in simplici venditione est necessaria, sed à præcedenti contractu extortam: multo minus donatio venditioni adiecta habet liberam voluntatem, quæ simplicem donationem solet producere, est ergo donatio extorta, & multo minus valebit, quam pactum dictæ l. fin. quia minor proportio altero tanto est inter donationem & emptionem, quàm inter pactum *l. commissoriæ*, quæ venditionem pignori accessoriam continet, & sicut legi illi non potest renuntiari, ita neque huic: & hæc ratio est adeo efficax, & subtilis, vt omnia supradicta manifestissimè possit euincere. facit textus elegans *in l. quamuis, ff. de solut.* cum his quæ refert *Hippolyt. in singul.* 468.

Ratio autem omnium prædictorum est. quia omnes istæ conuentiones, quæ vel donationem vel renunciationem dict. leg. 2. continent, pars vt diximus sunt ipsius venditionis contractus, & pretij portio, vt in *l. fundi partem,*
ff. de contrahen. empt. & ex venditione ipsa, non 7
liberè proueniunt, nam ob hæc pacta celebratur venditio, & sicut dicimus venditionem, quæ fit certo pretio si mutetur pretium, factam non fuisse, ita si tolletur istud pactum donationis vel renuntiationis quæ pars pretij fuit, non fuisse facta hæc venditio, vt alibi considerat *Marcellus in l. si quis aliam, ff. de solut. & Iabol. in dicta l. fundi partem & Hermogenia. in l. qui fundum vendidit eod. titul. & Paulus iurisconsultus in l. si sterilis, in §. si tibi,* ibi: Quasi in partem pretij ea res sit.] *ff. de actionib. empt. & in l. quaris, ff. de pactis dotalibus. & Vlpianus in l. 4. eod. titul.* quas leges alias allegauimus in simili specie supra in lib. 3. in cap. 8. in num. 3. cum his quæ tradit *Tiraquel. de retrac. 1. par. §. 23. in gl. 1. num. 2. cum sequent.* ergo hæc pacta adiecta venditioni non sunt libera, sed correspectiua ad venditionem, ideo ex legibus venditionis, non donationis cum toto contractu iudicari debent, cum sint incidentes promissiones, vt in *l. si eum in §. qui iniuriarum ff. si quis cautioni. & in l. 1. in § si quis sub conditione, ff. vt legato. nomin. cauea.* facit text. in *l. profectitia dos, in § si pater non quasi pater ff. de iure do.* & ex vendit. actio competet, vt in *dicto § si tibi & l. qui fundum*, ideo vltra huius actionis metas protendi non potest, ridiculum certe est, & recto iudicio alienum, vt ob id quod magis læsionem ostendit, ex qua dicta lege oritur beneficium excludatur. eadem enim facilitate, vel necessitate, qua læditur quis malè vendendo, eadem & ad renunciandum, vel donandum impellitur, vt rectè considerat textus in *l. dolo mali, in §. diuersum, ff. de nouato.* Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit.] Elegantissimè inquit *Papin. in l. cum aquiliana, ff. de transact.* & licet *R. Episcop. Segobiens. in lib. 2. variar. resolut. in cap. 4. in num. 4. circa fin.* existimet illum textum in dicto §. diuersum non rectè ad hoc allegari, quod in muliere, vel minore loquatur, tamen expressus est ille textus si comparemus minori, vel mulieri maiorem in his speciebus, in quibus læso maiori succurritur, nam siue sit maior, siue minor, qua ratione ad vendendum iniusto pretio mouetur, eadem & ad donandum quod pluris est, vel ad renuntiandum læsioni mouetur: horum enim sicut in horologio, idem est principium & causa, imo quanto magis à venditionis natura discedit, magis ostenditur infirmum arbitrium, & sibi malè constans, cùm nedum diuersos, verum contrarios contractus commisceat, ideò magis læditur propter quod dictum beneficium inducitur, tantum abest, vt ob hoc excludatur, neque ma-

lum

lum in hac re est argumentum in *lege final. in §. item quæsitum, ff. de condiction. indeb.* nam quod quidam dicunt non specifice, sed generaliter renuntiationem ibi adiectam, nihil est. quis enim, qui negotiorum expers omnino non est crederet venditorem, qui omni legum auxilio renuntiat, si ab eo exigatur vt adijciat etiam *l. 2. de rescindend. venditio.* hoc renuere & potius à venditione discedere? denique donatio hæc, non à legibus donationum, sed venditionis erit existimanda, vt rectissime probat *R. Episc. Segob. in d. c. 4. in num. 5. & 6. cum sequ.* sed inferre debuit contrarium eius quod intulit, vt sicut venditio ipsa cui accedit infirmetur, non vt per se valeat vt donatio etiam si solemnia deficiant donationis, neque quod insinuatio huic contractui applicari non possit, efficit vt sine ea donatio valeat, quia neque cum ea vt diximus valet, ex eo quod infirmior est voluntas quæ inest in donatione illa quæ venditioni accedit, quam quę in simplici, & pura donatione versatur. nam in illa adeo extorta à venditione videtur, vt etiam cum insinuatione non valeat, tantum abest, vt sine ea suas vires obtineat. superest igitur vt totus contractus venditionis leges sortiatur, vt si iuncta donatione læsio vltra dimidiam contingat locus sit dictæ legis beneficio siue adhibeatur insinuatio, siue non adhibeatur, quia in venditionis contractu, nihil potest promouere insinuatio, & ita omnes rationes ibi positæ, nostram sententiam probant, quia huius contractus finis & causa emptionis est non donationis, nam quod potuit facere scilicet donare, noluit, quia voluntas eius non ea, quæ in donatione requiritur, est adhibita, cũ non omnino voluntaria fuerit, neque quod voluit scilicet vendere perfecte potuit, cum iniquitas fuerit in pretio, & ita ex defectu potestatis contractus infirmus est, potius quam voluntatis.

Ad quod manifestius ostendendum, notandum est quod vbicumque per legem præsumitur defectus iustæ & perfectæ deliberationis, & omnino liberæ in agente, si lex ea ratione infirmat dispositionem, contractus ita gestus deficit potius ex defectu potestatis quam voluntatis: nam licet vt fiat lex, sit causa infirmitas voluntatis, facta tamen lege ob id actum infirmante, inducitur in agente propter legis prohibitionem defectus potestatis, sic videmus in minore, in muliere, in Velleiano, in filio familias, in Macedoniano, in pacto nudo de iure communi, in donatione non insinuata, in transactione super alimentis, & in alijs à nobis positis in dicto c. 11. nam in his speciebus propter voluntatem male ordinatam, & præsumptam facilitatem lex voluit infirmare contractus, ideoq; post legem constitutam, qui contra fecerit, ex sublata sibi potestate sine effectu fecisse videtur. iustum enim est, vt ei, quem male velle lex iudicat, volendi adimat potestatem, sic contigit in dicta l. 2. ideoque renunciatio, siue generalis, siue specialis, neque donationis, siue à sciente siue ab ignorante aliquid promouebit, quia vt diximus vbicumque lex iudicat infirmam esse voluntatem, tollit iustissime potestatem, contra quam nihil potest vtiliter machinari voluntas, vt in *l. nemo potest ff. de lega. 1.* neque aliquid interest sit sagax, vel imperitus contrahens, vt in *l. 1. de minori.* necessitate rei familiaris, siue rei satietate, siue voluptate vel profusione venditio fiat, vt recte existimat *Dominic. de Soto in lib. 6. de iusti. & iur. q. 2. arti. 3.* hæc enim vt Dialectici dicunt sunt per accidens, ideo naturam contractus, vel leges non mutant, vt est expressum in *dicta l. 1. ff. de minorib.* diximus late supra lib. 3. in c. 12. in num. 6 7. & 8.

Quid autem sit in foro conscientiæ? non est quid dicamus, quia cum æquissimum sit remedium dictæ l. 2. & omnes à nobis interpretationes adiectæ, quare non in foro conscientię, sicut in iudiciali erunt obseruandæ? & pro complemento dictæ l. 2. vide quæ dicimus in *l. 2. ff. de legat. 2. in num. 2.*

CAP. XIII.

De executione facta in clericum.

SVMMARIVM.

1. *Statutum vt posit quis armis spoliari, etiam ligat clericos*
2. *Licet posit à sæculari iudice armis spoliari, non tamen potest ab eo mulcta indici, cum R. Episc. Segobiens. contra dict. D. Doctorem Redin.*
3. *Magis est exequi secundum ius, quam de facto, ideo pars qua potest apprehendere fugientem non potest verbaliter citare.*
4. *Adducitur elegans locus Antistij Labeonis.*

SOlet apud nostros iuris authores controuerti, cum in omnibus fere partibus cautum sit, vt arma noctu portantes possint ipsis spoliari, vtrum iudex sæcularis possit id efficere impune in clericum, arma portantem sicut posset in sæcularem, cum statutum de non portandis armis etiam clericos comprehendit, 1
quod *R. Episcop. Segobiens.* permissum esse censet *in practic. quæstio. in c. 33. in fi.* existimat tamẽ quod si pœna pecuniaria esset imposita ab statuto, eam coram iudice ecclesiastico fore exigendam, neque sæcularis iudex in ea re se intromittere poterit, sed dominus *Doctor Io. Redin.* meritissimus consiliatius regius in eo libro, quem *de maiestat. princip.* inscripsit in *num. 166. cum sequentib.* ab opinione R. Episc. discedere videtur. vtriusque pœnæ executionem iudici sæculari concedens, quasi nihil inter hæc intersit, quod certe periculosissimum est, neque admittendum: alioquin non multum aberit, quin 2
omnis iurisdictio laicis in clericos concedatur. hac enim ratione omnium pœnarum, quæ in pecunia consistunt, in clericos erit exactio, &

sæcularis iudicis executio, quod defendi nullo modo potest: neque enim mouere poterit domini Doctoris argumentum dicentis inter has pœnas nihil interesse. quid enim interest armorum, vel pecuniæ pœna adijciatur? quod si rem ipsam consideres, vera videbitur domini Doctoris opinio, cùm pecuniæ verbum generale sit, & omnia comprehendens, vt in *l. pecuniæ verbum de verbor. significat.* sed si ad modum exequendi respicias, in quo est vis huius rei, longè differunt. aliud est armatum facto ipso armis spoliare, aliud ab eo iuris ordine pecuniam exigere, non quod inter arma & pecuniam intersit, quia & pecunia, quam exportaret extra prouinciam, cùm id prohibitum esset, posset etiam sæcularis executor spoliare clericum, sicut & armis si facto ipso exportantem comperisset, non tamen in pecunia, vel in armis condemnare posset. & in hoc clarum est
5 discrimen, quia alterum facti, alterum iurisdictionis est, & maius est id quod ad iurisdictionem pertinet, quam id, quod factum respicit: nam & creditor debitorem fugientem apprehendere potest, vt nota. in *l. ait prætor, in §. si debitorem, ff. quæ in fraudem creditorum, per Bartol.* vbi *Alexand. in addit. in l. si quis in seruitutem de furt.* cùm multis quæ ponunt recentiores, latè *Rodericus Zuar. in leg. 2. in titul. de los emplazamientos, libr. 2. for. versic. fin. incip. sed attende numer. 20. cum sequentib.* vbi multa latissimè *Rip. in cap. 1. column. 39. cum sequentib. de iudic. & in libr. 1. responsor. in cap. 13. & in l. obligatione generali, in num. 21. de pignor. & Hippolyt. in part. in §. diligenter, numer. 50. & in singul. 43. Socin. in l. 1. column. final. si cert. petat.* & pecuniam etiam asportantem vt textus ibid. dicit in *dicto §. si debitorem, & clericum, vt in dicta l. si quis in seruitute.* notant prædicti, & *Hippolyt. vbi suprà in d. singul. 43. & Iass. in l. de pupillo, in §. si quis riuos, ff. de nou. oper. nunciatione.* est communis opinio secundum *Rip. in dicto cap. 1. in numer.* 88. & in alias personas multis iuris partibus facti executio permittitur, vt latè *Iass. 10. column. num. 6. & Gome. in princip. de actionibus.* & tamen citare pars non potest sine iudicis præcepto, quia hoc iuris executionem, illud facti continet, vt probatur in *l. neminem, C. de exhibend. reis.* neque in criminalibus vt ibi, neque in ciuilibus, vt in *leg. ad peremptorium, cum l. sequent. ff. de iudic.* ibi, petat & impetret.] & *Bartol. in l. demonstratio falsa, in 6. quæst. in column. 5. in princip. de condition. & demonstrat.* & per *Chassanaum, in consuetud. Burgund. in rubric. 1. in §. 6. fol. 66. in 4. column. cum sequentib. Iass. in §. quadrupli, in num. 12. institut. de action.* & ita in multis iuris partibus hæc differentia constituitur, vt licita sit facti executio, & non iuris.

Sic videmus maritum in flagranti delicto, occidere impunè, & retinere de facto adulterum posse, vt in *l. 1. cap. 5. & in l. marito quoque, ad l. Iuliam de adulter.* non tamen ius dicere poterit iurisdictionem exercendo, nam & latrunculator, qui occidere iure potest reum quod plus est, de re ciuiliter cognoscere non potest, quod minus est, nisi accessoriè, vt in *l. solemus, in §. latrunculator, ff. de iudic.* adeo in ista materia à maiori argumentum non valet, sic in patre qui filium occidere poterat, vt in *l. in suis, de liber. & posthum.* cuius elegant. ponit rationem *Simplic. in Enchirid. Epicte.* Priscæ quidem illę Romanorum leges, & ad naturæ eminentiam respicientes, & ad labores, quos parentes pro filijs ferant, tum liberos omnino subiicere volentes, & parentum puto naturali amori confisæ, vel vendere parentibus natos si vellent permiserunt, & impunè interficere, & tamen non potest in eum ius dicere ciuiliter, sed ad iudicem recurrere debet, vt in *l. 3. C. de patr. postea & l. congruentius*, vide omnino quæ diximus in *dict. l. in suis, in num. 14. vsque ad finem.* & ita multum interest clericum armis indutum spoliare, & mulctam ab eo exigere, quod vltimum iuris est, & iurisdictionis, ideò qui sibi subiectum clericum non habet, non potest hoc exercere, illud autem facti solum est: denique iudex sæcularis potest clericum arma portantem, vel res vetitas illis spoliare, sed si cum ipso res vetitæ non reperiantur, ita vt executione facti, sed iudicio opus sit, non poterit iudex sæcularis se intromittere, sed ad ecclesiasticum iudicem erit recurrendum.

Huic simile est quod de Antistio Labeone 5
Gellius noctium Attic. libr. 13. cap. 12. obseruat & refert. Cùm à muliere, inquit, quadam Tribuni plebis, aduersus eum misissent, vt veniret, & mulieri responderet, iussit eum qui missus erat redire, & Trib. dicere ius eos nō habere, neque se neque alium quemquam vocandi, cum moribus maiorum tribuni plebis prehensionem haberent, vocationem non haberent, posse igitur eos venire, & prehendi se iubere, sed vocandi absentem ius non habere.] Hucusque *Gellius*, ex Varrone etiam hoc comprobat, & non male ibidem grammaticus quidam in annotationib. ad Gellium explicat.

Sic videmus quod potestate naturali, quam quis habet, vt vim repellere liceat, potest vti etiam contra superiores iniuste manifesto agentes, vt in *l. deuotum, C. de meta. & pedime. lib. 12. & in l. deuotum C. de iure fisci, lib.* 10. nullus tamen dixerit posse vti potestate iurisdictionis, qua impossibile est, vt priuatus vtatur, nec etiam iudex in pares, vel superiores vel in non suppositos suæ iurisdictioni, vt in *l. extra territorium, ff. de iurisdict. omnium iudic.* Pessima est ergo consequentia: potest enim iudex sæcularis clericum armis spoliare, ergo potest ei mulctam pecuniariam indicere: quia illud meri facti est, hoc autem iurisdictionis, quam nullus exercere potest, nisi ei fuerit iure positiuo concessa.

CAP.

CAP. XIV.

De Etymologiæ vtilitate & vsu.

S V M M A R I V M.

1 *Etymologiarum cognitio quam vtilitatem afferat, & num. 3.*
2 *Ponitur nominis Feligreses etymologia.*
4 *Etymologia nominis Damnista.*

1 PErquirendi Etymologias anxius labor, licet sæpenumero inutilis sit, tamen aliquando rei naturam penitus explicat, & licet ad probandum leuis sit authoritatis, cùm vt *Galenus in lib. 2. de Hippocratis, & Plato. decret.* inquit: Arrogans testis est Etymologia, quippe quæ & sæpissimè æquè veritati contradicentibus, non raro mentientibus, magis quàm vera dicentibus attestetur.] & secundum eundem vltimæ sit classis, ad persuadendum tamen vt probata sequatur maximæ est efficaciæ, vt nihil forsan maioris, sicut & parabolæ, & similitudines, & interdum apologi idem efficiunt. quinimmo & Dominus, & Saluator noster sæpissimè ob id in parabolis loquebatur: locus enim à simili persuationibus aptissimus est, vt inquit *Boet. in topic.* & ad explanandum, docendum, & alliciendum *teste Rodolpho Agricol.* & ita Romanorum omnium doctissimus *Marcus Varro* circa eas maximè laborauit: ideò non ineptè à Iustiniano testamentum quasi mentis testatio, dicitur, vt *in princip. instit. de testament.* quod optimè à Laurent. Vallæ & aliorum calumnijs defendit *R. Episcopus Segobiens. in Rubric. eod. tit. extrau. de testam.*

Nos verò animi laxandi causa, & persuadendi rem manifestissimam, nunc vocabuli
2 Feligreses etymologiam, quod paucis nota forsan est, perquiramus, & vt in li. 1. harum interpretationum deduximus, litera c. ex dictionibus latinis, facilè in g. in Hispana versione commutatur, idque clericus, & Gallicus, Italicus, & alia mille ostendunt; sic Feligreses, id est filios Ecclesiæ dicere possumus, qui nobis filij in Ecclesia constituuntur, nosque illis spirituales patres efficimur, quibus spiritualia ministramus. ideo illos, qui sub spirituali nostra potestate, & iurisdictione, quæ in sacramentorum ministratione versatur, subsunt, Feligreses, propriè appellamus, quasi filij Ecclesiæ nostræ sint, & sic nostri; cùm nos Ecclesiam vxoris loco habeamus, vt in libello de redditibus Ecclesiasticis explicauimus, & hæc interpretatio aptissima est, cùm in ipsa dictione Ecclesia litera, c. in g. mutatio fiat, nam Hispanè *yglesia* dicimus pro ecclesia; sic & ecclesia matrix dicitur, quæ filios regenerat per baptismum. in *cle. 1. extr. de sentent. excomm. in gloss.* quod si velis & sine mutatione etymologiam aliam non ineptà adaptare, Feligreses dicere potes, quasi filios gratiæ, nam eos quibus ministramus Sacramenta non ineptè filios gratiæ appellabimus, cùm per Sacramenta gratia conferatur, ideò per gratiam eos filius nostros efficimus.

Sed quid si numquam alicui ex eis Sacramenta ministrauit rector, quia priuilegio sedis Apostolicæ solent à non suis Sacramenta recipere, vt à Monachis, sed non omnia recipiunt, quia in paschare Eucharistia in parochia ministratur, & etiam si numquam recepissent, non ideo minus filij dicentur, cùm à parocho ius exigendi eis competat,

Ex his deduci plura possunt, vtrum occidens proprium rectorem parricidæ loco habeatur, & an incestus quasi cum consanguineo iudicetur commistio cum rectore proprio, ad effectus maxime quos suprà deduximus in libr. 1. in cap. 5. Sed non est hæc filiatio spiritualis per omnia naturali comparanda, licet enim circumstantia grauis sit, & quæ grauissimam punitionem exigere, non tamen hæc filiatio natura est inducta, sed per legem: ideo Sacrilegium simpliciter, non cum incesto dicetur talis commistio, licet aliqui hoc adeo eleuent, vt neque sacrilegium committere clericum fornicando, sed simplicem fornicationem malè existiment, vt latè ibidem diximus, in num. 9.

Quod autem de superfluis etymologijs diximus, & de diffininonibus possumus affirmare, multi enim ex nostris adeo sunt in diffiniendo morosi, vt de his dici possit iuste, quod de Auicenna inquit quidam, quod in hac re adeo erat morosus, vt neque olus emere se posse existimaret, nisi adiecta diffinitione, cùm tamen in iure nostro non superflua solum, sed periculosa sit, vt in *l. omnis diffinitio, ff. de regul. iur.* in rebus enim notissimis, difficilius est diffinitionem, quam definitum interpretari, vt vt adulterio, in homicidio, licet de adulterio non leuis sit quæstio, quam explicauimus in lib. 1. harum selectarum interpretat. in c. 5. per totum. 3

Sed ad etymologias vel potius illusiones redeamus, in quibus sola nominis conformitas expectatur, vt ex Quintiliano optime docet *Alciat. de verbor. signif. lib. 4. & in l. taberna appellatio eod. tit.*

Et dicamus damnistam quasi damnum instans. quid enim fœneratore damnosius, qood aliud est malum adeo præsens, cùm vigilantem, dormientem, aliud agentem vsuræ comitentur debitorem, & persequatur? Ideo antequam te comprehendant, Hostiles atque tyrannicos, (vt inquit *Plutarch. in libello de vitandis vsuris.*) fuge damnistas, libertatem inuadentes, mulctamque inscribentes, & cum non reddis conuiciantes.] & rursus, Ciuitates miseras transcurrunt, implicant, atque expilant, non vt Triptolemus domesticum fructum seminantes, sed debitorum radices admodum laboriosas, fenebres, & ineuitabiles 4

plan-

plantantes, quæ in gyrum pullulantes, ac germinantes, ciuitates suffocent, & euertant.] Quid nonne pecuniam fœnebrem accipientē in continuam febrim incidisse dicere possumus, quæ vt *idem Plutarch.* inquit, Pascitur tamquam ignis fureos assiduè auctus pernicie, atque vastitate infeliciter pereuntis, nam vsura fugat vsuram, vsura altera restat.] Huius mali remedium siue curationem certam ponit *ipse Plutarch.* Habes? inquit, ne fœneretis, quoniam non indiges. non habes? ne fœnereris, quoniam satisfacere haud poteris: capram vt est in prouerbio gestare non vales, bouem tamen superimponere laboras, paupertatem ferre non potes, tamen longe grauius tibi ipsi onus fœneratorem scilicet imponis, etiam diuitibus intolerabile.] *Idem Plutarchus* ostendit confici posse asylum ad quod confugientes à fœneratoribus simus securi, ita inquiens. Ex inutilium atque supervacuarum rerum abscissione, seu venditione libertatis templum nobis ipsis, liberis, atque vxoribus ædificare conemur: siquidem in Epheso Diana obæratis cùm in illius fugerint templum, asylum, atque securitatem à fœneratoribus præstat, ac frugalitatis asylum, & inaccessibile quidem vbique modestis patet, regionem latam, ac multi ocij, hilarem, & idoneam præbens.] Alia retulimus ex *eodem Plutarcho in isto libr.* dum de cambijs ageremus supra in c. 2.

Quid etiam si militiam à malitia deducamus, vel à malo, non quod propulsat (vt inquit *Vlpianus in l. 1. ff. de militar. testam.*) sed quod infert. est enim lerna malorum, vt latè docet Parœmiographus in adagio, Dulce bellum inexpertis. quid si à mollicie, non per contrarium, quia dura est militia, sed quia facilè Venus cū Marte coniunguntur, & omnes molles & desidiosi & perditi homines bellum appetunt. nam & videmus desidiosos non posse à mendicando arceri, licet nudi frigora, & calores, & alios maximos labores patiantur, quos si à virtute, & officijs libero homine dignis non fugerent, non sustinerent: ideo verius est fortes homines & sapientes non fieri milites, nisi casus & ratio hoc exegerit. vt respublica quasi nominatim eos appellet, & ad bellum necessitas adigat.

CAP. XVI.

De his quæ in libr. 1. supra c. final. dicta sunt circa nobilitatem.

SVMMARIVM.

1. *Nobilitas maiorum non est spernenda.*
2. *Debent nobiliores præferri in muneribus in Republica bene ordinata, & num. 5.*
3. *Nobiles sunt humaniores quam ignobiles, & num. 4.*
6. *Vera nobilitas ex consensu vniuersali omnium gentium est existimanda.*
7. *Vera nobilitas in virtute consistit.*

IN libro primo harum selectarum interpretationum, in capite vltimo ostendimus, veram nobilitatem in virtute sola consistere potius, quam in maiorum stemmatibus. Nam quæ non fecimus ipsi, vix ea nostra puto, inquit ille, idque *diuus Thomas in lib. 1. de erudition. Princip. in cap. 4. de erroribus circa nobilitatem, & in cap. 5. de vera nobilitate* comprobat. Sed quoad politicos mores, rectamque Reipublicæ gubernationem non est maiorum spernenda nobilitas, sed potius veneranda: inest enim in ea splendor quidam, & dignitas. Consentaneum enim est, (inquit *Aristot. in libr. 3. Politic. in cap. 8.*) ex melioribus ortos esse meliores,] qui etiam *in lib. 4. Ethic.* inquit, Etiam eos honestant, qui hæc ipsa, vel per se ipsi nacti sunt, vel à maioribus relicta acceperunt, vel ab eis etiam, qui eos aliquo propinquitatis iure attinent.] ideo ex nobilioribus assumendos esse ad magistratus, & reipublicæ administrationem, ex *eodem Aristot.* probat *sanctus Thomas in libr. 4. de regimine Princip.* Quia, inquit, de vili loco assumpti ad principatum, vt plures lædunt Politiam, iuxta illud Poëtæ, Asperius nihil est humili cum surgit in altum. Vnde in Ecclesiaste scribitur in cap. 9. quasi hoc sit in magnum detrimentum regiminis, Est, inquit, malum, quod vidi sub sole, & quasi per errorem egrediens à facie principis, positum stultum in dignitate sublimi, & diuites sedere deorsum, vidi seruos in equis, & Principes ambulare, quasi seruos super terram.] Huc vsque *sanct. Thomas.* Hæc non ineleganter etiam *Aristoph. in Ranis* reprehendit ita inquiens, Ciuium quos quidem scimus ingenuos, modestos, iustos, honestos, ac probos viros esse, illos expellimus, fabris autem & peregrinis, & pyrrhis, malisque atque malo genere natis ad omnia vtimur.] 1 2

Et hac ratione ostenditur, quia quando ignobilis dominatur, semper conatur nobiliores opprimere, vt æqualis suorum status fiat; si autem nobilis dominetur, nulla est causa ob quam inuideat humilioribus, non enim iniuria inferiora insequitur, ideo nobiles curant semper, vt quilibet in suo loco permaneat, quibus iniuria fit, si sibi inferiores præferantur, vel æquentur. nam vt inquit *Aristotel.* Præstantes viri ægrè ferunt honorum æqualitatem, quam plebeij desiderant.] Quod fieri non debet in Republica bene instituta; nam vt ipse dicit, Signum est Reipublicæ bene institutæ, vt populus in suo maneat loco. Instituenda ergo ciuitas est, vt boni quidem viri plusquam sibi competant, habere non quærant, improbi autem si quærant, habere non possint. Hoc autem fiet, si inferiores fiot, neque iniuriam patiantur.]

Hæc autem quæ diximus optimè comprobantur ex his, quæ verissime dicit *Archiepisc. Valentin concione de D. Martin.* cuius verba referemus, quia eū sanctissimus ille vir non causam suam, sed aliorum egerit, nisi in hoc solo quod veritatis

veritatis partes suas semper existimabat, testis
est locupletissimus, & verba ipsius sic habent.
Hæc differentia est inter eos, qui genere ab an-
tiquo magni sunt, & eos quos casus, vel fortu-
na ex humilibus magnos fecit: quod priores
sicut sanguine nobiliores, ita & ingenio hu-
maniores, humilioresque sunt, & apud omnes
homines tractabiliores. nec mirum, non enim
ex hoc magnitudinis iacturam timent, quam
tot seculis in progenitoribus fundatam radica-
tamque conspiciunt. alij autem quasi aduen-
titiam, & nouam in sua humiliatione pericli-
tari pertimescunt, faciliterque posse ab homi-
nibus contemni, nisi in alto propriæ reputatio-
nis se contineant. Videas hos elatos, tumidos,
austeros, & inaccessibiles supra homines intu-
mescere, quorum fastuosam superbiam ne-
mo hominum portare sustineat.]

Sed non est omnium istorum idem inge-
nium, neque studium: nam nonnulli eorum
genus antiquum terræ Titania pubes cum no-
bilibus quasi cum dijs bellum perpetuo ge-
runt, simultatesque exercent, & in inuidiam
eorum aliquid moliuntur semper illis detra-
hentes, atque repugnantes; alij verò, quorum
ingenium alio propendet fastum superioris v-
surpant sortis, & pro nobilibus se gerentes ad-
eò sunt nobilitatis fautores, vt humiliores,
immo sibi æquales quasi inferioris ordinis ho-
mines contemnant, & aspernentur, aliter enim
suam precariam nobilitatem periclitari veren-
tur, ideò eam officijs, adulationibus, indefesso
labore ægrè defendunt, & quasi damnati Sysi-
phi rediturum voluere saxum, nihil aliud a-
gunt, vel meditantur. hi solum potentiorum a-
micitias maximè colunt, illorum malitia ex in-
uidia, horum autem ex superbia, & philautia
originem trahit, qua bonus vir carere debet,
neque seipsum, neque sua diligere, sed iusta
semper. nam qui se amat cùm seipsum magis,
quàm veritatem honorandum putet, quid iu-
stum, bonum, & pulchrum sit, male iudicat.]
Vt in *supra de legib.* ait *Plato*, & vt *Euripides* in-
quit, ea sola inspicit, & expectat quæ sibi cordi
sunt, huiusmodi sunt mores insanientium, &
stultorum hominum. Dicebat Socrates, apud
superbiam, ceu apud malum figulum, aut sta-
tuarium peruersas rerum imagines videre est.
Cauendum igitur est, ne his factiosis homini-
bus Respublica, cui maximè nocent, commit-
tatur, ordinum enim coniunctio (vt *Cicero* in-
quit) ad salutem reipublicæ pertinet.]

Hoc itaque inter nobiles & ignobiles ob-
seruandum est, vt humilioribus nobiles iniu-
riam non inferant, vt eleganter explicat *Vlpia-
nus in l. illicitas, in §. ne potentiores, ff. de offic. procon-
sul. & legat.* humiles verò, nisi sint virtute clariss-
simi, ad nobilium honores non assumantur,
Oportet enim rempublicam (vt *Aristoteles* ait)
quæ diuturna futura sit, velle vt omnes ciuitatis
partes constent, atq; in statu suo permaneant.]
Et eleganter *Isocrates ad Nicoclem*: In rebus pu-
blicis omnino iniquissimum mihi videtur bo-
nos, & improbos in eadem reputatione esse,
omnino autem & iure optimo hæc emendari
oportet, ne qui inter se dissimiles sunt, rebus
fruantur eisdem; sed pro sua quisque dignitate
tum viuat, tum æstimetur.] Et Plato eam con-
stitutionem Reipublicæ rectam existimat, in
qua inest pueris, mulieribus, seruis, liberis, arti-
ficibus, Magistratibus, & priuatis, quod suum
vnusquisque vnum egerit, minimè per aliena
vagatus. & optimè *idem Plato in 6. de legib.* in-
quit: Serui, & domini amici nunquam erunt,
neque probi & improbi si æqualibus afficiun-
tur honoribus. inæqualibus enim æqualia fi-
unt, nisi mensuram accipiant. nam propter
hæc vtraque seditionibus replentur Respubli-
cæ.] & turbantur omnia, si omnes non sint suo
loco contenti, ita vt ignobiles nobilioribus
præferantur, ex quo sequitur quod *Isaias* in-
quit *in ca. 3.* Tumultuabitur puer contra senem,
& ignobilis contra nobilem.] Ideo vitanda
est sub nomine æqualitatis indiscreta confu-
sio, nam & in statu innocentiæ non erant futu-
ri homines æquales, sed homo homini, licet
non vt seruo esset dominaturus, vt docet *san-
ctus Thomas in 1. part. in quæst. 97. in artic. 3. & 4.*
nam vt ipse inquit, hoc cōtingit inter Angelos,
ideo non est contra dignitatem status inno-
centiæ quod homo homini dominetur, quia
vt ipse inquit in *quæst. 47. & 48. in artic. 2.* per-
fectio vniuersi requirit inæqualitatem, nam vt
dicebat Archytas Pythagoræ, Administrare
imperium ad meliores pertinet, obedire ad
deteriores.] Ideo nobilioribus honos suus est
defendendus.

Sed neque adhuc in tanta hominum super- 6
bia nobilitatis expedita est quæstio apud om-
nes, dum quilibet & plebeius se nobiles ia-
ctant, & confingunt, sed nobilitas ex commu-
ni omnium gentium opinione est censenda:
nam eos (inquit *Aristotel. in lib. 1. Politicor.*) solos
nobiles iudicamus qui non solum apud sei-
psos nobiles, sed vbique existimātur, barbaros
autem domi solum nobiles. Nam ridiculum
est illud iudicium, inquit *D. Thom. vbi sup.* si ali-
quis iudicaret seruum, vel rusticum alijs ser-
uis, vel rusticis nobiliorem.] Quid diceret san-
ctus vir si videret multos de sordida etiam ple-
be de nobilitare gloriari, nobilioribus velle
præferri? quis ferat Gracchos de seditione lo-
quentes? nam vt inquit *Sophocl. in Elect.* cùm
boni ab ignobilibus superantur, quænam ci-
uitas id ferre posset, quod adeo fit, vt iam non
de finibus, sed de tota possessione sit contro-
uersia.] vt ait *Cicero*. Sed nos eam solam sequa- 7
mur nobilitatem, quæ animi candore, & vir-
tutibus constat. Nam si verum dicere volumus
(inquit *Aristot. in lib. 4. Ethicor.*) solis bonis ho-
nor debetur, nam genus, forma, vires, opes, di-
uitiæ, ceteraque, quæ fortuna dat, aut corpus,
non habent in se veram laudem, quæ deberi
vni virtuti putatur. virtus per seipsa laudabilis,

& sine

& sine qua nihil laudari potest (*in secundo de oratore* inquit *Cicero*) quales autem aliæ sine virtute sint nobilitates, fructus, qui ex ipsis producuntur, ostendunt. Non bona est arbor, (inquit *D. Bernardus in libr. 3. de consideratione ad Eugenium.*) faciens fructus tales, insolentias, dissolutiones, simultates, scandala, odia, quodque magis dolendum inter ecclesias inimicitias graues, perpetuasque discordias. Qui etiam subiungit, Ignosce mihi, non facile adducor heriturum consentire: quod tot illicita parturit.] De nobilitate etiam multa ponit *Ioan. Stobæus in serm. 84. cum sequent.*

CAP. XVII.

De Vicario Episcopi, vtrum præferatur Canonicis in choro.

SVMMARIVM.

1. *Vicarius dignior Canonico, & infra num. 4.*
2. *Vtrum sit in choro admittendus Vicarius.*
3. *Vsus inductus vt admittantur in choro alij præter psallentes.*
4. *Ex potestate ad dignitatem non bene infertur.*

INter Canonicos & Episcoporũ Vicarios cõtendi solet quis altiori loco sedere debeat,
1 dũ honorabiliores alij alijs se existimant: neq; parum Episcoporum Vicarijs fauet, quod iurisdictionem etiam in ipsos Canonicos habeant, ideoque superiores sunt non æquales, quia imperium in inferiores exercetur, vt in *l. ille à quo, in §. tempestiuum ff. ad senat. consult. Trebell. & in l. nam & Magistratus, ff. de arbitro.* nam magistratibus honorem deberi naturalis ratio, & omnium gentium mos exigit, argum. in *l. semper, ff. de iure immunitat. & in l. omne delictum, in § contumacia, ff de re milinar.* & ita *Abbas in consil. 21. in 1. volum.* existimat Vicarium præferri non solum Canonicis debere, verum & Archidiacono, & reprobat contrariam consuetudinem, quod sequitur *Ias in l. de quibus, in columm. 18. de legib. & Roch in cap. final. de consuetud. in 4. ampliatio. in col. 9.* & de hac re latè scribit *Anton. de Pret. in tract. de iurisdict. Episcop. in cap. 6. & in volum. 2. tractat.* vbi ipse tanquam vicarius hoc prosequitur, & defendit, & præsente, & absente Episcopo hoc etiam obtinere.

2 Sed videamus num hæc in vniuersum vera sint, an, sicut iure communi, & per concilium Tridentinum specialiter Episcopo prima sedes, & locus pertineat in Choro, & alijs omnibus actibus, vtrum & eius Vicario sit sedes constituenda, & quæ, vel præsente, vel absente Episcopo.

3 Omissis itaque superfluis disputationibus habeatne dignitatem Vicarius Episcopi, quod ad rem non pertinet, vnico verbo possumus expedire vnica regula constituta; in Choro, vel in quolibet alio loco, in quo clerici officium diuinum celebrant vestibus Sacris parati, vel alijs vestimentis ad id ab Ecclesia destinatis, vt Cappis, Roquetis, vel superpellicijs (vt vocãt) eo tempore, & eo loco nullus alius, qui eidem officio non deseruit, neque illis vestibus vtitur, admitti debet, si iuris rigorem consideremus; quo inspecto non solum non debetur Vicario sedes, verum neque in choro admittere eum tenentur. si aliquando Vicarium, & alios admittunt, potius ex vsu faciunt, quam vt seruent Canonicam disciplinam, cùm locus ille sit canentium, & psallentium, & diuinis laudibus ministrantium; nihil ibi est quod agat quicunque neque habitu, neque officio est alijs similis. nam in concilio Moguntino constitutum est, vt laici secus altare quando sacra mysteria celebrantur, stare, vel sedere inter clericos non præsumant, sed pars illa, quæ cancellis ab altari diuiditur, tantum psallentibus pateat clericis, vt in *cap. 1. de vita & honest. clericor.* ecce quod inter psallentes nullus debet misceri ei ministerio non destinatus. & ita *D. Ambros.* vt habetur *lib. 9. histor. tripartita cap. 30.* ad imperatorem Theodosium inquit, O imperator, interiora loca tantum Sacerdotibus sunt collata, quæ cæteri neque ingredi, neque contingere permittantur; egredere igitur, & hanc expectationem cum ceteris habe communem. purpura namque imperatores, non sacerdotes facit. tum fidelissimus Imperator etiam hanc traditionem animo libenti suscipiens remandauit, Non temeritatis causa inter cancellos remansi, sed in Constantinopolitana vrbe hanc consuetudinem esse cognoui. Porro regulas pietatis, quas à magno Sacerdote percepit, etiam reuersus in Constantinopolitana vrbe seruauit. nam cùm festiuitatis tempore ad ecclesiam processisset, oblatis ad altare muneribus mox egressus est, cumque Nectarius tunc Præsul ecclesiæ rogasset, cur intus stare noluisset, mandauit Princeps, Vix potui discere (inquit) quæ differentia sit imperatoris, & Sacerdotis: vix enim inueni veritatis magistrum. Ambrosium namque solum noui dignè vocari Pontificem.] hæc ibi. Reuocandæ essent piæ Sanctorum patrum obseruationes & ceremoniæ, sed interim dum alij admittuntur, quare Episcopi Vicarius debet excludi? & ita *Bald. in l. 2. C. de sacrosanct. eccles.* dicit de consuetudine non seruari dictum c. 1. sed stante eius rigore nullum ius haberet Vicarius chorum ingrediendi, sed ex consuetudine est admittendus, & dabitur ei locus prior post illos, qui propinquius assistũt Episcopo: si enim admittuntur, quare alijs quibus præsunt non præferentur? vt infrà dicemus.

Quod si dicas licet suo non possit chorum ingredi Vicarius, posset tamen loco eius, cuius vices sustinet. respondeo, quod non est verum eius vices sustinere ad illos actus, qui in choro fiunt, nam non in hoc est electus, sed vt causas iudicet, & ea quæ sunt iurisdictionis exerceat,

neque

neque potest ad illa quæ in choro fiunt Episcopus Vicarium constituere: neque enim habitum,& ea quæ sunt ceremoniarum potest Episcopus alicui demandare, vt argument. *cap. aqua de consecratione ecclesiæ vel altar.* quia iam à iure constitutum est, quis in choro post Episcopum eo præsente, vel absente ministrare debeat. ideo alius Vicarius quam is, qui Episcopo succedit, in choro non potest se intromittere, sicut neque in aliena domo etiam honorabilior potest sibi locum & honorem vindicare: hæc enim concedi comiter & vrbane solent, non exigi. sed dum alijs hæc à clericis conceduntur, non debent Vicario denegari, idemque in processionibus & alijs actibus, qui solemniter habitu speciali, & ab ecclesia destinato exerceri solent, de rigore iuris nullus, qui de eo ordine & collegio non sit, admitti debeat. & hæc nullam videntur habere dubitationem: extra ecclesiam autem, & istos actus, si per contrarium de his loquimur, quæ ad Vicarij pertinent ministerium, & eius iurisdictionis exercitium, in his nimirum maior alijs erit Vicarius, si de suo tribunali agatur, vel si quæ sunt alia, quæ solemniter solet exercere, vt alijs iure suo præferatur: in omnibus autem, quæ extranea sunt, neque ad officium Vicarij, vel Archidiaconi, vel Canonicorum pertinent, cadere quæstio potest, & in hoc Abb. & alij supradicti Vicario fauent.

4 Sed videtur quod non solum Archidiaconi, verum omnes Canonici Cathedralis Ecclesiæ sint illi præferendi, imprimis si de dignitate quærimus, quæ dignitas erit in officio non perpetuo, sed ad tempus, cùm ad nutum Episcopi possit remoueri. vt videmus, & notat *Bald. in l. solet, in §. sicut, de officio procons. & legat.* & per *Bertach. in tractat. de Episc. in 7. part. in 11. quæstion.* neque in iure huius dignitatis, in canone aliquo mentio fit. quod autem Vicarius Canonicis præferri non debeat videtur, quia Canonici Episcopi fratres quodãmodo sunt, & administri, vt in *cap. quæsiuit, de his quæ fiunt à maior. part. capi.* at Vicarius Episcopi est familiaris, & licet & Canonicus possit esse in seruitio Episcopi, vt in *cap. de cætero, & in cap. ad audientiam, extrauag. de cleric. non resident.* id tamen non efficit, vt simpliciter Canonici familiares Episcopi dici possint; sed verius est præferendos esse Vicarios Canonicis, & alijs omnibus, in quos iurisdictionem exercere possunt, quia superiores sunt illis, & ordinarij iudices sunt, vt nota. *in cap. 2. de consuetud. in lib. 6.* tradit *Bertach. in 7. parte, in 4. lib. in 1. quæst.* Non obstat quod Canonici videantur fratres Episcop. non familiares vt Vicarius, & quod Episc. plus possit in Vicarium, quam in eos, qui sunt de capitulo, quod illum remouere potest, non istos. nam hoc argumentum non concludit. id enim probat respectu Episcopi, non inter ipsos, neque efficit, vt inter ipsos non sit maior Vicarius. nam ecce Senatoris filius inferior est quoad patrem, quam plebeius quilibet exterus, quia in filium plus potest pater: sed hoc non efficit, vt Senatoris filius non habeatur maior quolibet ex plebe. & ita argumentum nihil efficit, & hoc quoad eos, in quos habet Vicarius iurisdictionem: si vero in eos nullam habet Vicarius iurisdictionem, dubium videtur. sed nihilominus sequendam censeo Abbatis opinionem, cùm sit ordinarius iudex, & per rationes deductas per Abbatem, qui consuluit pro Vicario, & ita iure etiam communi in locis qui non sunt Canonicis solis deputati, Vicarius erit præferendus, & Vicarius Episcopi in Synodo diœcesano post Abbates ante Canonicos, & Archidiaconum, & alios in dignitate in Ecclesia Cathedrali constitutos sedebit, vt per dictum Abbatem supra allegatum, tenet *Henric. de Botis in tract. de synodo Episcop. in 3. part. in num. 20.*

Ad Illustrem admodum Dominum Antonium de Padilla, & de Meneses, Concilij Ordinum Præsidem amplissimum, Franciscus Sarmientus Astoricensis Episcopus, Salutem.

QVamquam in nostrorum studiorum longo progressu, Antoni admodum illustris, quorum tu es præclarissimus testis, non solum in Iurisconsultorum responsis, & vtriusque iuris authoribus euoluendis, sed in sanctorum Patrum libris sumus diligentissime versati, tamen postquam ad Episcopale munus sumus euocati, his solis erit incumbendum, omnesque antea exantlati labores huic studio erunt dirigendi. Quid enim (vt inquit ille) nobis cum stillicidijs? quid cum aqua pluuia arcenda? nisi illa sit pluuia, quæ descendit in vellus, & stillicidia de cælo stillantia super terram? quid denique Episcopo cum titulo de legatis secundo, cui ius testandi non immerito sit ademptum? æqui lectores hæc nobis obijcient. quid facient Critici, qui solent cum momo sandalia Veneris reprehendere? sed cum paucissimis, & his succeßiuis horis opus iam elaboratum in lucem posset prodire, studiosisque prodesse, non existimaui hoc indignum, aut ab Episcopali dignitate alienum, neque enim Episcopus si quid ante adquisiuit, prohibetur legare, dum modestè, parcè, & pro meritis id fiat. Tu autem doctissime Antoni, hoc munusculum, seu legatum iure tuo potes exigere, cùm quòd amicitia nostra id postulet, tum quòd eundem tractatum de Legatis Secundo, tuo magistro, quæ nostra est gloria, prior diligentissime fueris commentatus. Accipe igitur commentariolum nostrum, & vt aliquid nos fecisse existimes, non ex præclarissimo commentario tuo, sed ex alijs expende, & tuæ humanitatis Lesbia regula, & non ingenij tui acutissimo Lydio lapide proba, tuaque summæ authoritatis clypeo protege, atque tuere, quod te pro nostra amicitia, & mea in te maxima, perpetuaque obseruantia facturum spero. Vale.

SELE-

SELECTARVM INTERPRETATIONVM LIBER OCTAVVS.

Qui De legatis secundo inscribitur.

De legatis secundo, Rubrica.

SVMMARIVM.

1 *Quare inscribatur de legatis secundo.*
2 *Opinio Cumani est vera contra Doctores.*
3 *Verborum interpretatio est necessaria.*
4 *Legati diffinitio examinatur.*
5 *Vt sit donatio debet esse voluntaria.*
6 *Codicilli an appellatione testamenti veniant.*
7 *Legatum an semper præstetur ab herede.*

1 TITVLVS iste oon indiget continuatiooe cum præcedeoti, cum eadem sit materia, eodemq; nomine inscribatur, quare autem dicatur de legatis 2. quæstionis est. gloss. hic refert se ad notata infra titul. 1. in rubrica, vbi quærit cùm hic tractatus de legatis vnicus sit, quare in tres libros diuidatur, ad quod gloss. respondet, quod licet sit vnicus tractatus, tamen eius quæstiooes circa tria versantur, scilicet circa quantitatem, & substantiam rei legatæ, item circa personas tam legantium, quàm eorum quibus & à quibus legatur, & de verbis ad id pertineotibus, eorumq́ue significatione, & de his tribus per ordinem agitur his tribus de legatis libris, alij aliter dixerunt, vt apparet ex *Alberic. in rubrica supra tit. proximo*.
2 omnium autem istorum opiniones ita facile horum titulorum legibus comptobari, sicut & impugnari possunt, cum io his libris, & in singulis eorum de omnibus his mixtim agatur, vt patet ex *l. 2. 3. & 4. & legibus sequentibus, supra tit. 1.* vbi in tituli ingressu de personis, verbis, & rebus legatorum agitur, quod etiam contingit io hoc titulo, & io sequenti similiter, nam *in titulo sequenti in l. 1.* de personis agitur vsque ad legem vndecimam, io qua de verbis, & rebus tractatur, ideo verior ea sententia videtur, quam glossa reptobat in dicta rubrica quod propter prolixitatem, & longitudinem materiæ diuisus sit hic tractatus. nam hac ratione *titulus de verbor. obligat. & titul. ad l. Falcid.* io aliquibus libris diuisi reperiuntur, sicut vnus idemq́ue fundus ratione commodioris culturæ diuidi solet, vt infrà isto titulo io *l. Caius Seius, in §. Titius*, sicut & librorum pro cuiuslibet voluotate fit diuisio, neque diuisioois ratio, sed voluntas potius est ioquirenda, vt *infra titul. prox. in l. librorum, in § sicut*, ibi. ingenio suo] ex Raphael. Cuman. in dicta rubrica, cuius opiniooes vt semper sunt subtilissimæ, ita verissimæ esse solent, licet in hoc titulo nescio qua ratione D. Petro de Peralta Cumani opiniooes passim displiceant: sed licet vtrique nobis chari sint, & hic præceptor noster extiterit, tamen præclarum est, pluris æstimare veritatem (vt inquit *Aristot.*)

Franc. Sarmient.

Denique ob prolixitatem materiæ fuit facta diuisio horum trium librorum, & non solum horum, verum & aliorum etiam titulorum, & librorum. Nam hic de legatis tractatus longissimus est, protenditur enim vsque ad titulum infra de conditio. & demoustrat. immo & ille titulus ad legata pertinet principaliter, cùm de conditionibus institutionum sit titulus specialis, immo vsque *ad titul. ad senatus consultum Trebellianum* protenditur tractatus, qui ad legata & fideicommissa rerum singularium pertinet, vt dicit *Vlpianus in l. 1. in princip. eodem titul.* immo vsque ad titulum de bono possess. exclusiuè, cùm septem libri sint qui ad legata pertineant, vt in *procem. digestor. in §. in secundo autem anno*. & à titulo de legatis 2. agitur principalius de significatione verborum quarundam legatorum specierum: in istis autem tribus de legatis libris de his, quæ communia sunt generibus omnium legatorum secundum *Baldum in repetit. in l. 1. infra eodem.* & de his omnibus fuit necesse, vt tractarent iurisconsulti, licet enim *D. Petrus de Peral. hic in rubrica in nu. 9.* contendat, io legatis non requiri verba, neque vocabula, cum & solo outu fieri possint, vt *infra de lega. 3. in l. nutu*, tamen hæc est quædam subtilitas leuis, & sine aliquo effectu, nam ob id quod legatum posset fieri outu, quis dicit ioterpretationem verbo- 3 rum esse omittendam? ita vt titulus de verbo-

Contr. Pet. Peralt.

rum significatione, & maior iuris pars superflueret, legata fieri nutu tarum est, & forte mille annis non contingens. quis enim, qui loqui possit, nutu disponat si non sit amens? ideoque in primis quæri debet, an ille, qui cum loqui sine impedimento potest, nutu rem seriam agit, demens sit, sicut in non dissimili specie diximus in istis nostris Selectis interpretationibus, in libro 2. in cap. 1. nam etsi prior & potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse, existimatur,] vt inquit *Celsus in leg. Labeo. in §. fin. infra supellectili legata*, item ex eo quod nutu possint fieri legata, non infertur de verborum significatione non esse tractandum: alioquin quod sine auro, vel argento viuere possumus, male iurisconsulti de legato auri, & argenti tractarent *infra de auro, & argent. legat.* mille alia absurda ex hoc sequerentur, vt euidenter apparet, quinimo & in legatis ipsis, quæ nutu fiant, interpretatio verborum est necessaria, cum saltem in interrogante, cui annuit testator, verba interuenire debeant in quibus oriri controuersia potest, sed de his satis superque dictum est: nam ab hoc loco sunt omnino aliena, potiusque cum de legatis agamus, videamus quid sit legatum.

De diffinitione legati.

4 Legatum, inquit *Modestinus*, est donatio in testamento relicta,] in *l. legatum infra isto titul. & instituta eodem*, dicitur, Legatum est donatio in testamento relicta & ab hærede præstanda.] & vide text. in *l. legatum* est delibatio supra tit. prox. vbi *Florentinus* ponit similem diffinitionem, in qua diffinitione ponitur genus, & ponuntur etiam differentiæ: genus est donatio, cuius sunt tres species, secundum glo. in *dicta l. legatum*. differentiæ ponuntur ibi à testatore, vel ibi testamento, vel ibi ab hærede, quæ donationi inter viuos non conueniunt, & aliquid eorum neque mortis causa donationi, vt *infra de donatio. caus. mort. in l. tam is.*

5 Sed opponitur quod legatum non sit donatio, nam vt donare quis dicatur, libere dare oportet, non cogente aliqua necessitate, vt *infra de adimend. lega. in l. rem legatam, & infra de regul. iur. in l. donari*, & tamen necessum est testatori, bona sua alicui relinquere, neque enim moriens secum poterit asportare, sed sarcophago contentus erit, & quasi inuitus dat, quæ retinere non potest, ideo quæ pro eelemosyna, & restitutione legantur, non idem meritum habent apud Deum, quod habent ea quæ à viuis conferuntur: morientes enim magis alijs bonum imponimus, quam ipsi agimus his rebus, quas pijs locis relinquimus, non fruituri, vt notat. in *l. vni. de C. pecul. eius qui libertat. meruit*, & diximus in libel. de reddit. ecclesiast. circa fin.

Sed his respondere possumus quod hoc non impedit, quin legatum donatio sit, quia licet in relinquendo liberalis non sit qui testatur ex supradictis, respectu tamen legatarij liberalitas exercetur, cum potuerit sibi non dare sed alij, vt *C. de hered. instit. in l. extraneum*, & hoc sufficit vt liberalitas, & donatio dicatur, vt in *c. quia diuersitatem, extrau. de concessioni. prebend. & in l. fæmine*, ibi, libertatis suæ iudicium,] *C. de secundis nupt.* notat *Decius in c. relatum, extrau. de prabend. & in cap. cum accessissent, col. 1. extrau. de constitutio.* ideoque si cum charitatis iudicio, pietatisque causa, in morte fiat dispositio, vel distributio, non sine retributione relinquitur à Deo, de quo vide quæ dicemus *infra eodem in l. cum quidam*, & quæ diximus in dicto libello, & dicemus in *l. vnum ex familia in §. si de falcidia num. 9. cum sequent. infra eodem.*

Item opponitur, dicitur in dicta diffinitione A testatore, vel testamento relicta; quasi extra testamentum legari non possit, cum tamen legari etiam in Codicillis possit, imo ob id codicilli sunt inuenti, vt per *totum C. de iure codicill. & in l. hæreditatem C. eod.* Ergo verba diffinitionis non sunt bona, & diffinitio est falsa. Sed his possumus respondere, quod hic testamentum late sumitur pro omni legitima dispositione vltima, vt *instit. de testament. in princip.* nam in testamenti factione ius codicillandi (vt sic diximus) comprehenditur, vt in *l. Diui in §. codicillos, supra de iure codicillorum.* Codicillos is demum facere potest, (inquit textus) qui & testamentum facere potest,] neque intestatus quis dicitur quoad ea quæ in codicillis relinquit, vt latius ostendimus in istis nostris select. interpretation. lib. 2. circa interpretationem *c. cum tibi, extrau. de testament. & in l. duodecim tabularum*, vbi dicitur, Vti quisque legasset, suæ rei ita ius esto,] *in principio instistut. de lege falcid. & in l. verbu legis, infra de verbo. signification.* ponitur pars pro toto iure testandi, & facit text. in *l. id tempus, in §. fin. infra de vsucapionib.* Et vbicumque non agitur de speciali testamento, sed generaliter de vi dispositionis testatoris, nihil interest exceptis his, quæ in solo testamento relinqui possunt, testamentum quis, vel codicillos faciat, & ita cessant quæ ait *Alciat. in rub. supra titul. proxi. in numero 4.* & vide text. in *l. filius familias in princ. supra tit. 1.* item quando testamentum etiam fit cum codicillis, legata in eis relicta in testamento relicta videntur, vt in *l. si quis cum testamentum nullum, in §. fin. supra de iur. codicillor.* vide *glo. in verb. personales, in l. 2. C. commun. de legat.* 6

Item contra diffinitionem oppono, dicitur in ea Ab hærede præstanda, quasi ab alio, quam ab hærede legari non possit. sed id falsum est, cum & à legatario legari & fideicommitti possit, & tunc legatarius soluere tenetur, vt in *l. 1. C. commu. de legat. & instistut. de singul. reb. per fideicommiss. relict. in §. 1. & in lege vt heredibus, & in lege imperator infra isto titul.* Solut. vt dictum est per *legem id tempus*, legatarius vice hæredis fungitur, quoad rem sibi legatam,

legatam, ideo & ipse ad verba diffinitionis pertinet, vel melius quod & in hac specie ab hærede soluitur, cum primus legatarius ab hærede accipiat, & per priorem legatariu'n hæredis vtilitas delibatur, & ita verum est quod dicit *Florent. in dicta l. legatum*, quod legatum est delibatio hæreditatis. Si enim non delibaretur pars hæredis, non deberetur legatum, vt in *l. ab eo C. de fideicommiss. & in dicta l. imperator*, ideo hæres semper præstat legata, cum ex re hæredis, vel eius damno seu impensa præstentur. Huius autem rei, non leuis est effectus, vt ostendemus in *l. Celsus, in §. quod aliciuus infra isto tit.*

Sed opponitur adhuc, quod non ab hærede legata semper præstentur, neque hæreditatis impensa, cum aliquando ipsemet testator soluat legata, antequam decedat, vt *infra isto titul. in l. Lucius*. Solu. si teneas opinionem eorum, quod legatum à testatore fiat irreuocabile, si soluat in vita testator, & amittat legatum naturam suam, & in speciem donationis inter viuos transeat, cessabit oppositio. Sed quia hæc opinio vera non est, vt dicemus infra in *eadem l. Lucius*, dic quòd illa verba diffinitionis ab hærede præstanda adhuc veritatem habent quo ad hæredis impensam, cui res legata subtracta est, quia vtilitas quæ legatario præstatur, ei adimitur, vel potest dicere quòd legatum relinquitur præstandum ab hærede ex prima legantis intentione & voto, vt in *l. 1. supra de iure dot.* ideo licet aliter postea fiat, nec ob hoc mutatur eius natura, vt & in venditione dicimus si pretium pecunia numerata adimatur, vt in *l. pretij causa, C. de rescindend. vend.* licet ab initio sine pretio consistere non possit, vt in *l. empti fides, C. de contrahend. emptio.* de quo late in lib. præceden. diximus in cap. 1. numero 22. Denique semper relinquitur legatum ab hærede præstandum, sed non semper præstatur, vt si prius à testatore fit executio, semper tamen damno hæredis, & impensa præstatur, cum tanto minus accipiat, vide quæ dicam *infra eodem titulo in dicta l. Lucius*, veniamus ad l. 1. quam male Doctores interpretantur.

SVMMARIVM

Ex l. 1.

1. *Vlpianus hic sumit arbitrium pro libera voluntate.*
2. *An valeat legatum sub conditione si velit arbitrari.*
3. *An comparatio istarum conditionum recte fiat ab Vlpiano.*
4. *Quando misceantur verba arbitrij, & voluntatis, qualis debeat fieri interpretatio, & in num. 5.*
6. *An valeat legatum factum pupillo, si tutor voluerit.*
7. *An compellatur arbitrari ille in cuius arbitrium relinquitur.*
8. *De ablatiuo absoluto.*
9. *Vbi aliquid est relictum compellitur arbitrari, alias amittit relictum.*
10. *Interpretatio l. Nesennius. in §. si de excusatio. tutor.*
11. *Filius non amittit relictum etiam si recuset omnes.*
12. *Vtrum compellatur quis esse executor.*

Franc. Sarmient.

13. *Quando ponitur in vim conditionis non compellitur quis arbitrari.*
14. *Si semel dixit se velle arbitrari an compellatur arbitrari & num. 15. & 17.*
16. *Quando arbitrium refertur ad hæredem, compellitur arbitrari.*
18. *Arbitrium pro libera voluntate sumitur.*
19. *Noua obseruatio.*
20. *Alia obseruatio contra Acostam.*
21. *An possit pœnitere si dixit se nolle arbitrari.*
22. *Quæ cessatio requiratur, vt dicatur nolle arbitrari.*
23. *Potestas executoris quanto tempore duret.*
24. *Non arbitrante nominato ad quem recurratur.*
25. *Hæc lex non loquitur de voluntate captatoria.*
26. *Instrumentum quod non habet certam quantitatem an possit executioni demandari.*
27. *Auersione locari significat peritorum arbitrio.*

VLpianus, In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest, quid enim interest si Titius in capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit? Sed cum ita legatum sit pupillo, siue pupillæ arbitrio tutorum, neque conditio inest legato, neque mora, cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi, quæ enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonij.]

Circa istam legem quo ad primam partem multa scripsimus in libr. 2. harum interpretationum in cap. 6. per totum, vbi latius explicauimus omnia, quæ ad istam legem pertinent, quando in alterius voluntatem conferri legatum possit, ibi omnino videas, si vis aliquid intelligere istius legis: hic vero solum agemus de his, quæ de nouo erunt addenda, & quæ ad expositionem materiæ huius legis pertinent tam in prima, quam in secunda parte. nam hæc l. diuiditur in duas partes: in prima tractatur de legato, cuius substantia confertur in arbitrium alterius, in posteriori, quando quantitas legati in alterius arbitrium confertur, item prior pars loquitur de legato conditionali, quia in arbitrio, cum substantiam respiciat inest conditio, posterior vero de puro, quia substantia legati in nullius est posita arbitrio, sed quantitas, & ita non est in arbitrio an legatum debeatur, sed quantum sit quod debeatur, item in priori parte fuit expressa quantitas legati, in secunda vero non fuit expressa, in prima fuit positum in conditione, an debeatur, in secunda vero nulla est conditio, & potest text. in summa ita contrahi, substantia legati potest in alterius arbitrium, sicut sub alia conditione conferri, & erit conditionale legatum, potest etiam sola legati quantitas, & erit legatum purum. *Interpretatio huius legis & infra sub num. 6.*

Ad intellectum huius legis notandum est, quod aliud est relinquere legatum in liberam voluntatem alicuius, aliud in arbitrium. nam primum fieri non potest, vt in volun-

 tatem

tatem liberam alicuius legatum relinquatur; Secundum vero potest vt in arbitrium relinquatur & valet, secundum communem doctorum interpretationem, qui etiam volunt quod tex. hic loquatur de arbitrio, non de libera voluntate, quæ rationi non subijcitur, sed hæc interpretatio doctorum vera non est, vt
1 in dic. cap. 6. latissimè ostendimus, & infra aliquid dicemus, quia secundum Vlpiani sententiam valet, siue in voluntatem liberam, siue in arbitrium conferatur legatum, sed nunc prosequamur istius legis interpretationem secundum communem intellectum.

Et opponitur, hic dicitur valere legatum in alterius arbitrium collatum, contra, imo & in liberam voluntatem, vt in versi. Quid enim interest, vbi comparatur hæc conditio, si Titius voluerit lego, vel si Titius capitolium ascenderit: sed conditio hæc adijci potest, & valet legatum, ergo & illa si voluerit: huic difficultati respondetur ex glo. hic quod iste vers. quid enim, potest legi duobus modis. Primo modo secundum Rogerium sine interrogatione: Quid enim interest, id est, aliquid interest, & ita datur ratio per comparationem: sicut enim interest, ita legetur si Titius voluerit, vel si Titius capitolium ascenderit, licet videatur in vtraque specie Titij voluntatem expectandam; sic inter istam conditionem si arbitratus fuerit, & illam si voluerit interest, licet vtrumque à Titij voluntate dependeat: quia sicut in illa conditione ascendendi capitolium non voluntas sola sine facto sufficit, neque adimplet conditionem, sed requiritur insuper factum, in quo inest voluntas; ita in conditione ista si arbitratus fuerit, non sufficit voluntas sola sed ea, quæ cum ratione subsistat, voluntas ergo in vtraque specie nuda non sufficit, vestita vero illic facto, hic vero ratione sufficiet. Secundo modo legitur secundum glo. interrogatiue, Quid enim interest? quasi diceret nihil interest legetur sub conditione si in capitolium ascenderit, vel sub conditione si voluerit, & tunc litera facit contra prædicta, sed glo. respondet, quod suppleri debeat verbo si voluerit, verbum arbitrari. & ita paria sunt dicere lego si Titius capitolium ascenderit, vel si voluerit arbitrari. nam in vtraque specie valet legatum secundum communem interpretationem doctorum.

2 Sed contra istam interpretationem oppono fortissime, quod hic intelligendi modus non possit defendi: primo quia si suppletur verbum voluerit, ergo in voluntate sua libera est velle, quia licet in arbitrari insit voluntas non libera sed rationi coniuncta, tamen in hac prima voluntate velle arbitrium suscipere, nulla ratio exigitur: liberum enim sibi est velle arbitrari, vel non, neque hæc prima voluntas aliquo rationis vinculo astringitur. Duo enim sunt in hac conditione si

Difficilis oppositio.

voluerit arbitrari, Primum est velle arbitrari; & hoc est liberum omnino, alterum est postquam arbitrari vult, arbitrari secundum rationem, quod secundum liberum non est, quod est valde notandum ad ea quæ dicemus inferius. Præterea quod hæc interpretatio vt suppleatur verbum voluerit, non sit vera, apparet. Nam sicut in illa conditione si capitolium ascenderit, nihil suppletur, neque requiritur voluntas ascendendi, sed sufficit fato fieri, vel casu, quare in conditione illa si voluerit, supplebitur alia voluntas? Nam quod dicitur in *l. 2. de conditionib. & demonstrationib.* conditionem si capitolium ascenderit, debere impleri scienter animo implendi conditionem, neque sufficere fato vel casu ascendere, verum id est, quando ipsi legatario ea conditio adijcitur; sed vbi si in capitolium adscenderit alius, conditio adijcitur, sufficit casu, vel fato fieri, siue conditionis ignatus, siue sciens capitolium ascenderit animo implendi conditionem, vel sine eo, & ita est communis opinio, vt *Iason* refert in *l. captatorias. C. de testament. milit. & Acosta lib. 1. select. interpretation. in cap. 21. in numer. 5.* ratio est, quia, quæ in legatario est potestatis conditio, in tertio est casualis quoad legatarium, cuius non pendet arbitrio ex mente omnium, in *l. 1. C. de instit. & substitut.* ergo mala est collatio istarum conditionum, cum in vna requiratur voluntas, in alia vero sufficiat fato vel casu, vel etiam fato, etiam ab ignorante fieri, neque enim conditio si in capitolium adscenderit, habet aliquod iuris ministerium, vt diximus, contra *Duaren. in dicto libro 2. select. interpret. in c. 1. in num. 7.*

Sed his possumus respondere, ad primum, quod licet in illa conditione si voluerit arbitrari, sint duo & primum liberum, tamen sufficit, quod secundum non est liberum, quia nolle arbitrari, omnino liberum est, vt infra ostendemus, ideo quomodocumque etiam sine ratione nolit arbitrari, deficiet legatum. Sufficit tamen quod si velit arbitrari, non est voluntas libera, nam & idem contingit in conditione si Titius in capitolium ascenderit lego Caio centum: nam vt deficiat legatum sufficit, vt nolit ascendere, & ita ex nuda voluntate legatum deficiet, vt in *l. cum hæres in §. pe. infra de stat. lib.* vbi inquit *Paulus*, Ita liber esse iussus, si Titius capitolium ascenderit, si Titius nolit ascendere impedierit libertas.] Sed si velit Titius vt legatum valeat, vltra voluntatem adijcere factum ascendendi debet, ita eodem modo si velit, vt valeat legatum, Titius in cuius arbitrium relictum est legatum, si velit arbitrari, vltra voluntatem arbitrandi requiritur arbitrium ipsum ratione coniunctum, denique in voluntate negatiua sufficit nuda voluntas in vtraque conditione, in affirmatiua vero amplius vltra voluntatem nudam requiritur, vt debeatur legatum, & ita istarum

iſtarum conditionum non eſt mala comparatio.

3 Quoad ſecundum verò poſſumus reſpondere, vt comparatio dictarum conditionum etiam defendatur, quæ ideò ſit, quia ſicut in conditionis, ſi capitolium aſcenderit implemento requiritur factum, ita in conditione ſi voluerit arbitrari, & hoc ſufficit, licet in vtraque vt valeat, non requiratur voluntas in illa ſcilicet, ſi capitolium aſcenderit in qua ſufficit factum nudum ſine voluntate: item comparatio erit magis propria ſi ille, cui eſt adiecta conditio aſcendendi ſciat ſibi conditionem eſſe impoſitam. nam tunc & in aſcenſione aderit etiam voluntas.

Præterea erit ſimilior hæc conditio ſi expreſsè dictum ſit, Si velit Titius aſcendere capitolium, lego Caio centum: nam tunc in omnibus erunt pares dictæ conditiones, ſi voluerit arbitrari,& ſi voluerit capitolium adſcendere, vel ſi voluerit pro me viſitare eccleſiam ſancti Iacobi, in quo manifeſto factum, & voluntas requiritur, neque alterum ſufficit,& ita ratio *Iaſonis in dicta lege captatorias, in numer.* 10. *C. de milit. teſtament.* quod ideo valet legatum factum ſub conditione, ſi Titius capitolium aſcenderit, quia in ea conditione, non requiritur voluntas aſcendentis,vera non eſt. Sed ideo valet, quia voluntas nuda non ſufficit,ſed factum requiritur, cum non in voluntatem nudam tertij legatum relinquitur, licet factum ipſum ſine voluntate aliquando ſufficiat, vt ex ſupradictis appatet. Vide quæ diximus in *l. ſeruo manumiſſo, de condict. indebit.* in. libr. 2. harum interpret. num. 7.

Contra Iaſ.

4 Ex ſupradictis nota, quod ſi miſceatur verbum voluerit cum verbo arbitrari,non tollitur vis verbi arbitrari, ex vi verbi voluerit: & ita videtur expreſſum pro doctrina Bartol. *in extrauagant. ad reprimendum, in verbo videbitur,* quod videtur contra ea, quæ diximus in libr. 1. ſelectar. interpretat. in cap. 6. in num. 17. Sed diſſimilis eſt ſpecies illa, hic enim loquimur quando conditio ſi voluerit arbitrari adiicitur tertio, in quo vt diximus, prima voluntas poni poteſt, ſed adiuncto facto poſtea, vt legatum debeatur, ſecus autem in perſona hæredis grauati, in quo non poteſt poni prima voluntas affirmatiua, nam negatiua poteſt, vt alias diximus in dicto cap. 6. Nam ſi poſſet ita legari, ſi hæres voluerit arbitrari lego Titio centum, eſſet in nuda voluntate hæredis an valeat legatum, ſcilicet nolendo arbitrari, ſecus ſi arbitrio hæredis legetur Titio centum, quia poſſet compelli arbitrari, vt infra dicemus, quia cum eius interſit, ſi compelli non poſſet, numquam arbitraretur, fallit tamen in fideicommiſſaria libertate,in qua hæredis voluntas iuncta cum arbitrio efficit, vt legatum valeat, vt *infra de fideicommiſſ. libertatib. in l. fideicommiſſaria libertas.*

Ex his igitur dubitari poteſt, ſi quæratur, an valeat legatum ſub conditione ſi voluerit arbitrari, aut verba ſi voluerit, referuntur ad tertium, aut ad hæredem, ſi ad tertium, valet legatum, & prima voluntas erit libera, vt ſi noluerit arbitrari conditio deficiat, ſi vero voluerit arbitrari, legatum efficietur purum, & arbitrium erit ſecundum rationem, & purum ſtatim legatum efficitur, vt infra dicemus.

Si verò refertur ad hæredem, & tunc ſi dixerit, ſi arbitratus fuerit, vel arbitrio hæredis, & valet legatum, & compellitur arbitrari, vt *infra de fideicommiſſ. libertat. in lege Thais, in* §. *ſorore,* & infra dicemus, aut dicit ſi hæres voluerit arbitrari, & nullum eſt legatum, niſi fauore libertatis fideicommiſſariæ, vt in *dicta lege fideicommiſſaria libertas.* vt ſumus interpretati in dicto cap. 6. in num. 16. & 17. Sic ergo in tertio verbum mixtum liberæ voluntatis,cum verbo arbitrij, efficiunt arbitrium boni viri, non liberam voluntatem omnino, & ita valet legatum.

Sed opponitur quod immo voluntatis verbum, euacuet vim verbi ſignificantis arbitrium. nam ſi in liberum arbitrium relinquatur, in nullam voluntatem relictum videtur, vt vult *Bartol. in dict. extrauaganti,* ſed reſpondeo, aliud eſt multiplicare, & commiſcere verba voluntatis, & verba arbitrij, & ita ponere verba diuerſæ ſignificationis, aliud eſt ponere adiectiuum liberæ voluntatis, vel aduerbium, vt libere arbitratus fuerit, quia horum natura eſt adiicere, mutare, vel minuere ſignificatum eorum, quibus adiiciuntur. Non ſic vbi plura verba cumolantur, qua quodlibet eorum ſuam vim retinet, & obſeruat, ſed plus poteſt id quod arbitrij eſt, vt liberè impedatur voluntas, vt ſi dicatur ſi voluerit, & arbitratus fuerit, qua ſemper inſpicitur potius cauſa, quæ impedit, vt in *lege tertia in* §. *final.* vbi notat *gloſſ. ſupra, ad ſenat. conſult. Sillania.* optim. text. in *cap. ſacris, extrauag. de ſepult.* & text. in *leg. final. C. quibus ad libert. proclamar. non licet, & in lege vniuerſi, C. de legationib. lib.* 12. & plura ponit *Tiraquell. in tractat. de vtroque retracta. in* 1. *part. in* §. 30. *in gloſſ.* 1. *in numer.* 27. *&* 30. *cum ſequentib.* & verbum arbitrij impedit libertatem alterius verbi cui adiungitur. Quæ ſunt valde notanda, & ita intelligitur text. in *l. fideicommiſſa, in* §. *quamquam, infra tit proximo.* quamuis gloſſa hic in verbo voluerit, hoc non intellexerit, & ſupradicta intellige tenendo opiniones communes Doctorum, circa interpretationem iſtius legis, ſed veros eſt intellectus Doctorum ad iſtam l. nō poſſe defendi. 5

Contra Gloſſ.

Reprobantur intellectus Doctorum ad iſtam legem.

Primo, quia intellectus Rogerij vt interpretemur, Quid, id eſt aliquid, non eſt verus, nam hæc interpretatio, neque Vlpiani elegantiæ, neque ſtylo conuenit.

Item ſecunda interpretatio vt adiiciatur verbo ſi voluerit verbum arbitrari, eſt corrumpere literam.

Item si in conditione si ascenderit capitolium vnum solum requiritur, quare in alia conditione cui confertur duo ponemus. Neque enim *Vlpianus in princip. text.* cùm de arbitrio loquitur, de duobus, sed de vno loquitur, neque duas, sed vnam voluntatem posuit, quare igitur in conditione secunda, duas voluntates posuisse dicemus?

Item secundum stylum Vlpiani, ita est concipienda conditio, si arbitratus fuerit, si arbitrabitur, non si arbitrari voluerit, quod aliam voluntas, quam eam quæ sit in arbitrio requirere videtur, quod nullum habet verborum neque elegantiam, neque saporem, sicut & in illa si ascenderit capitolium, non alia voluntas, quam quæ in ascensu inest, requiritur etiam in eo, qui animo implendi conditionem ascendit. quare ergo Vlpianum ita inconcinnè & barbarè conditionem concepisse interpretabimur? vt non æqua ratione vtriusque conditionis, inter quas fit comparatio, voluntas esset comprehensa, si enim voluisset dicere, si voluerit arbitrari, expressisset sane; idemque in conditione ascendendi capitolium adiecisset, si ascendere velit capitolium, sicut non fecit in hac, ergo neque in illa, & sicut Doctores in hac non supplent quare supplent in illa? ideo verius est Vlpianum simplicem conditionem si Titius voluerit, & illam si Titius in capitolium ascenderit, comparasse, vt verba text. sunt clara, quod in vtraque in potestate tertij sit an legatum valeat vel non; neque voluit distinguere fuerit voluntas expressa, vel facto comprehensa, quod an rectè existimauerit *Vlpianus* (nam alij iurisconsulti aliud censuerunt) latissimè interpretati sumus, in dicto c. 6. in libr. 2. istarum selecta. interpretationum. nam verior est opinio Modestini, quam Vlpiani, vt ibidem ostendimus, & ita re ipsa non discedimus à communi opinione, vt legatum in alterius voluntatem relictum non valeat, licet in interpretando Vlpiano discedamus ab intellectu Doctorum, & sequamur intellectum Acostæ, qui optimè Vlpiani mentem intellexit.

Contra Cuiac. Aliam ad Vlpianum interpretationem commentus est *Cuiacius in lib. 2. obserua. in c. 2.* sed leuis est, neque eius ingenio digna. denique in voluntatem tertij non potest relinqui legatum, potest tamen in voluntatem legatarij, vt *supra titulo proximo in l. si ita legatum in §. illi si volet.*

6 Sed quid si pupillo legetur, si eius tutor velit an legatum valeat, & *Alciatus hic* existimat valere quasi in voluntatem pupilli legatarij relictum sit, quia voluntas tutoris, pupilli videtur voluntas. argument. *supra de administratio. tuto. in l. quoties,* & pro eo videtur text. in *l. peto, in §. mater. infra isto titul.* vbi *Papinianus* existimat relictum à tutore pupillo instituto, relictum à pupillo videtur. ibi: Vt ab impubere datum fideicommissum non intercidit quod à pupillo datum videtur.]

Contra Alciat. Sed errat *Alciat.* nam in proposita specie tutor fungitur officio exteri, neque enim hoc tutelæ administrationem respicit, sed merum factum eius ita omnino exterus est, non legatarius. neque obstat text. in *dicto §. mater,* quia ibi de re pupilli agebatur, ideo officium tutoris respicit, vt in *l. post mortem in §. fin. supra quando ex fact. tuto.* & ita dicit text. *in dict. §. mater.* Quod ab eo relinquitur extero, non proprio, sed pupilli iuri debeatur.] ideo si legatur pupillo sub conditione, si ipse pupillus velit, iuxta text. in *l. si ita legatum, in §. illi si volet, supra allegat.* & tutor impediat, vt pupillus velit, tenebitur tutor tutelæ; si tamen legetur pupillo, si tutor capitolium ascenderit, liberum erit tutori ascendere, vel non ascendere, impunéque id facere poterit, quia hoc extra tutelæ administrationem est, ita dicemus de conditione si tutor voluerit, lego pupillo, vt non distet ab illa si Titius voluerit, ideoque in vtraque specie legatum nullum sit.

De intellec. l. si seruus decem solu. Neque obstat quod textus in *l. si seruus decem, infra de solution.* videatur velle, quod persona tutoris, & pupilli pro vna habeantur, quo ad conditionis implementum, immo in tutoris persona potius conditio impleri debet, quia nunc non quærimus de eo in cuius persona adimpleri debeat conditio, sed de eo qui adimplere debet, quod longè distat, vt in *lege conditionibus pupillus, infra de condition. & demonstrat.* quinimmo etiam quo ad eum in cuius personam debet impleri conditio tutor non fungitur persona pupilli, nisi in conditione dandi tantum, secus in alijs conditionibus, vt in *eadem lege si seruus.* Nam conditio si pupillo seruierit, potest impleri citra interuentum tutoris, vt ibi inquit text. in conditione autem dandi vtilitatis causa contra ius strictum statutum est, vt in persona tutoris vel curatoris impleatur conditio, vt inquit *Papinianus in leg. Stichum, in §. vsumfruct. eod. titul. de solut.* ibi, Nã etsi furiosi, vel pupilli persona adiecta sit, ita tutori, vel curatori pecunia rectè dabitur, sicuti conditionis implendæ causa rectè pecunia tutori, vel curatori datur. Quod quidem Labeo, & Pegasus putauerunt vtilitatis causa recipiẽdum.] & de translatione conditionis dandi multa diximus alias circa dictas leges in interpretatione *l. statu liberi à ceteris, in §. Quintus Mutius, in lib. 3.* harum interpretationum, & etiam in *l. Gallus, in §. & quid si tantum.*

Denique in conditione si voluerit, numquam fit translatio de vna persona ad aliam, quia personalis est, maxime ex persona illius qui debet adimplere, neque in ea ratione officij succedit voluntas vnius, in voluntate alterius, & ita opinio Alciati, vt conditio si tutor voluerit sit atque si adiecta esset pupillo, falsa est. In legato tamen relicto filio si pater voluerit, erit maior difficultas, vt in *lege cum filio,*

lio, supra titul. 1. quia patri quæritur, ideo puto valere.

Sed redeamus ad nostrum textum, in quo secundum communem intellectum legatum in voluntatem tertij conferri non potest, in atbitrium potest, & est legatum conditionale, vt in principio huius legis. Sed opponitur quod immo sit purum legatum, vt in 2. parte text. Solutio ibi, arbitrium respicit quantitatem legati, non substantiam, ideo non est conditionale, hic verò respicit substantiam; hic arbitrium respicit an legetur, ibi vero quantum legetur. nam cùm in prima parte quantitas legati expressa sit, ad quantitatem arbitrium referri non potest, in secunda vero parte non fuit expressa, ideo arbitrium versatur circa eam, ex mente Bartol. Alber. Bald. Angel. de Perigl. Imol. Cuman. & Pauli, ideo si in secunda parte esset expressa quantitas, conditionale redderetur legatum, secundum *Imol. & Angel. de Perigl.*

Interpreta. huius l. & supra in principio. Sed oppono quod ista interpretatio diuinet, non enim magis apparet esse expressam quantitatem in primo, quam in secundo responso, quare ergo magis supplebitur quantitas in vno, quàm in alio? Solutio. In primo responso agitur de arbitrio quatenus conditionem respicit, non autem agitur de alia legati qualitate, ideo fingi debet debet species eo modo quo valere legatum possit, legatum autem nulla adiecta re, vel quantitate incertum est, & inutile, vt in *lege cum post in* §. *gener. supra de iure dot.* ideo si non esset expressa quantitas, Titio etiam arbitrante inualidum esset legatum, si ita legetur, Caio Seio lego, si Titius arbitrabitur, quia res vel quantitas non est expressa, neque Titio est commissa, ideo necessum est dicere expressam esse quantitatem in primo responso.

In secundo vero responso istius legis non fuit expressa quantitas, & hoc apparet, quia totius legati formula est expressa, neque in ea de quantitate fuit aliqua facta commemoratio, quod autem in priori parte sit quantitas supplenda apparet: nam & in legato relicto, sub conditione si capitolium ascenderit, cui comparatur conditio, si arbitratus fuerit, necessario quantitas debet suppleri, ergo in hoc legato si arbitratus fuerit. Præterea in primo responso ponitur regula generalis, cuius ponere aptum exemplum non est diuinare. In secundo vero ponitur species facti, ideo nihil in ea debet suppleri, & ita debet lex ista interpretari, quando autem valeat legatum incertum, dicemus, *infra eodem, in lege quidam testamento*. Et hæc in vltimis voluntatibus, in contractibus autem etiam si sola quantitas arbitrio alicuius relinquatur, conditio inducitur, secundum Bartolum. Ratio autem est, quia in contractibus numquam receditur à persona illius cui arbitrium est commissum, vt in *lege si quis arbitratur, infra de verbor. obligat.* ideo siue quantitatem, siue substantiam respiciat arbitrium, sine eius arbitrio contractus deficit, & valere non potest; in vltimis verò voluntatibus quando arbitrium respicit quantitatem, non est conditio. lege enim quantitas taxatur pro viribus patrimonij boni viri arbitrio, & receditur à persona non arbitrante.

Sed opponitur, quod verbo arbitrio in secunda parte text. inducatur conditio, quia ablatiuus absolutus inducit conditionem, vt est vulgatum, vt in *lege acceptis nummis, infra ad legem Falcid.* & ita *D. Anton. in numer.* 16. post Baldum format istam oppositionem, sed non debuit hæc oppositio formari. nam non est hic ablatiuus absolutus, de quo Doctores loquuntur, vt inducat conditionem, veluti datis decem, sit hæres Titius; stantibus masculis filiæ fæminæ non succedant, & similia: quinimmo hic verbum arbitrio non est ablatiuus absolutus vt ad sensum patet, & grammatici probabunt, & *D. Petrus de Peralt. hic in numer.* 93. licet nescio quid sibi velit, dum inter singulare & plurale distinguit, neque Bartolus qui ab eo allegatur, meminit de ablatiuo absoluto, in *lege si quis arbitratu*, 4. *opposit.* 7 *Contra D. Anton.* *Contra D. Pet.*

Item quod *idem D. Anton.* post Baldum vult, quod conditio, quæ inducitur ex ablatiuo non suspendat actum, super quo imponitur, dubium est, quia vix fieri potest, vt sit conditio & non suspendat, immo hac ratione conditio in præteritum collata non est vere conditio, vt inquit *Papin. in lege itaque, supra si certum petat.* ibi, Tunc potestatem cõditionis obtinet cùm in futurum confertur.] & ita potestas conditionis est suspendere actum, vt ante eius aduentum dies non cedat, vt in *leg. cedere diem, infra de verbor. significationibus, & in lege legata sub conditione, infra de conditionib. & demonstrationib.* & vide quæ diximus in libro secundo istarum interpretationum in capite 3. & de ea conditione loquitur text. in *l. à testatore de conditionib. & demonstrationib. & ad leg. fideicommissa. in* §. *cùm esset, infra tit. proxim.* facilis est responsio ex his quæ ibi dicit Bartol. & vide quæ diximus in dicto libr. secundo, in cap. 1. in num. 17. *Contra Bal.*

Sed quæritur cum gloss. vtrum iste in cuius arbitrium relinquitur, arbitrari compellatur, in quo gloss. dicit, quod non meminit se legisse: ex qua doctores notant Accursij modestiam, qui potius non recordari, quàm quod hoc decisum non reperiatur, dicit, cùm nullus tot leges sciuerit, quot Accursius noster vere iuris ciuilis lumen. in hac autem quæstione Bartol. refert Dynum, qui in hoc pro vtraque parte disputabat. denique Bartol. tam in hoc arbitro, quam in testamentario executore vtrum compellatur exercere officium executoris, vel arbitrari, & distinguit, ex cuius distinctione collige sequentia. 8

Primo

Primo qnod vbi quis ſemel acceprauit officium, compellitur id exequi, vt in *l.3. in §. tamerſi, ſupra de recep. arbitr.* quod ſi nolit poteſt eum iudex contra ordinem exercere, argument. *ſupra de adminiſtratio. tutor. in l.1.*

Sed opponitur quod nec tunc exequi vel arbitrari compellatur, quia in obligationibus facti, non poteſt quis compelli præcisè facere; ſed ſi id quod intereſt, ſoluat liberatur, vt in *lege ſi quis ab aliquo, in §. finali infra de re iudicat. & in l. ſtipulationes non diuiduntur, in §. Celſus, infra de verborum obligationibus.* Solut. illud verum eſt in factis quæ æſtimationem recipiunt. Sed quod hic exequatur teſtamentum, vel alius, non videtur æſtimationem recipere, ideo videtur deueniendum eſſe ad compulſionem, per captionem pignorum, & in dictis legibus verum eſt, quod in ſpecie iſtius legis ſi dixit ſemel velle arbitrari, poſſet probari id quod intereſt, ſcilicet totum legatum ſi bonus vir arbitraretur, vt valeret legatum, in his autem quæ æſtimationem non recipiunt, omnino poſſet compelli, vbi ſemel acceptabit arbitrium, vt in ſpecie text. *in lege filius familias, in §. ſecundum vulgatem ſupra, titulo proxime iunct. l. ſi cui legatum infra de conditionibus & demonſtrationibus.* vbi videtur expreſſum. Denique vbi ſemel conſenſit arbitrari, vel officium executoris exercere tenetur, ſiue tacite, ſiue expreſſe conſenſerit, vt vult *Bartolus hic*, & poteſt dicere quod vbi cœpit exercere officium, conſenſiſſe videtur, vt compelli poſſet ex his quæ dicit *idem Bartolus in lege, prætor in §. finali infra de vacation. muner.*

9 Secundo collige ex Bartol. qnod etiam ſi nondum acceptauit officium, ſi tamen aliquid eſt ſibi relictum, vt id poſſit habere, debet officium exequi, ſi non eſt impoſitum in vim conditionis vt ſupra dictum eſt, alias amittit relictum, vt *ſupra de religioſ. & ſumpti. funer. in l. ſi quis ſepulchrum, in §. funus. & in authent. de eccleſiaſti. titul. in §. ſin autem, & de hæred. & falcidi. in §. his omnibus*, qnod Bar. dicit hodie obſeruari: olim enim diſtinguebatur, an legatum eſſet relictum oneris contemplatione, vel alias, vt *ſupra de excuſatio. tutor. in l. Neſennius, in §. fin. cum ſequent.*

10 Denique hodie etiam ſi alias eſſet relicturus teſtator, etiam ſi onus non impoſuiſſet, amittit legatum, recuſans ſibi officium, vel onus impoſitum, quod reprobat *Ioan. & Alexand. de Imol. hic*, quia ſi de voluntate teſtatoris conſtaret, etiam & hodie ſicut & olim debebitur relictum, etiam ſi officium recuſet. Sed mihi videtur omni iure priuari, legato etiam ſi eſſet relicturus teſtator, quamuis onus non adieciſſet. poteſt enim eſſe quod etiam ſibi abſque onere eſſet relicturus. Tamen vbi onus à teſtatore impoſitum reſpuit, in ea ſpecie non eſſet teſtator relicturus, quaſi offenſus & contemptus videatur

Noua & ſingularis interpretatio.

eſſe teſtator, cur enim non videatur indignus, vt qui deſtituit ſupremas defuncti preces, conſequatur aliquid ex voluntate.] inquit *Papinian. in l. ſi patroni filius, in §. qui fideicommiſſaria. infra ad Trebel.* vide text. elegant. in *l.3. infra de iure patrona.* Ideo ſolum legatum habebit reſpuens onus, quando conſtare poſſit teſtatorem fuiſſe relicturum, etiam ſi onus reſpuerit, quod vix contingere poterit niſi teſtator id expreſſerit. ideoque neque diſtinguendum erit an coniunctæ perſonæ legatum fuerit, vel extero, id enim eo pertinet, vt credendus ſit teſtator, quod etiam ſi non oneraſſet officio eſſet relicturus, non autem vt contemnenti eius voluntatem, reliquiſſe videatur; niſi euidenter appareat, etiam in eum caſum relicturum, vt videtur expreſſum in *l.1. in §. quamuis. ſupra, vbi pupil. educari debeat.* ibi, Cæterum ſi eſſet relicturus, etiam ſi educationem recuſaturum ſciret, non denegabitur ei actio,] & ita *Vlpian. in dict. l.* ſed hæc nimium corrigit diſtinctionem, quam fecerat in l. præcedenti, vt verba eius oſtendunt manifeſto, & ſolum admittit vbi teſtator hoc expreſſit, inquit enim. Sed hæc nimium ſcrupuloſa ſunt, nec admittenda, niſi euidenter pater expreſſerit velle ſe dare, etiam ſi tutelam non adminiſtrauit,] & idem erit ſi onus in partem reſpuat, vt in *l. etiamſi partis, ſupra de leg. 1.* quæ omnia vera ſunt niſi ſit filius is, cui onus eſt adiectum.

Nam in eum non ita leui offenſa pater indignatus videbitur, quem ſolum *lex noua de hæredit. & falcidi. in §. ſi quis autem*, à pœna eximit, quod & antiquo iure obſeruatum extitit, vt in *lege, ſi tutor petitus, in §. primo ſupra de excuſationibus tutorum*, vbi filius non amittit vtilitatem quod onus tutelæ à patre iniunctum recuſet, alij vero priuantur niſi contrarium teſtator expreſſe diſpoſuerit, vt in *dicta l. Sed hæc nimium, & in l. poſt legatum in §. amittere, infra de his quibus vt indig.* quæ leges non ſunt correctæ, & hæc intelligenda ſunt vbi officij eſt capax, ſi enim eſſet incapax, non amitteret legatum, quamuis ſe excuſet, vt *C. de legat. in l. ab adminiſtratione*, ſecundum Bar. & facit text. in *l. cum filius in §. non iure, infra iſto titul.* vbi dicemus. 11

Et hæc vbi non acceptauit legatum, ſi vero acceptauit ſibi relictum, compellitur onus iniunctum legato ſubire, ſi ſciens ſibi impoſitum onus legatum agnouit, vt in *l. poſt legatum, in §. amittere, infra de his quibus vt indigni. & in l. fin. cum gloſ. ſupra de confirmand. tutor.* ſi enim ignorans onus impoſitum legatum acciperet, poſſet onus recuſare, ſi legatum dimittere paratus ſit, vt in *l. cum de hæreditate, infra de acquirenda hæredit.* quæ in fortioribus terminis loquitur, & facit *dicta lex fin. cum gloſ.* ibi, Niſi quod ei datum eſſet nollet petere, aut reddere eſſet paratus,] & licet text. ille non diſtinguat inter ſcientem & ignorantem,

tamen

tamen non obstat supradictis, quia ibi scientia oneris nocere non potest, quia loquitur de eo onere, quod ab initio non valuit, neque enim fœmina etiam tutorem testamento dare potest, multoque minus curatorem, vt in *lege prima, in §. final. eodem titul.* licet possit eius voluntas ex inquisitione confirmari, vt *eod. titul. in l.* λ.

Quod si neque agnouit legatum, neque acceptauit officium, non compellitur quis ar-
12 bitrari vel exequi testamentum, vt in *lege si quis sepulchrum, in §. funus, supra de religios. & sumptibus funer. cum aliis legibus allegatis à Bartolo.* quia officium arbitrorum vel executorum à partibus electorum publicum non est, ideo si efficeretur publicum, vt est sic legatum à iudice, vel ab Episcopo, vel eorum delegato, compelleretur id munus subire, vt *infra de muneribus honoribus in lege munus, in §. iudicandi, & in lege prima, C. qui pro sua iurisdictio. iudic. da. in lege prima.* ex mente *Bartoli & Baldi in repetition.* Sed idem *Bald. in lege tertia, in §. 1. supr. de arbitr.* quem *Alexander* refert *in numero quinto.* contrarium tenet dicens, executoris officium priuatum esse omnino, ideoque inuitus nullus id exercere compellatur. quod verum puto regulariter, contingere tamen potest casus, vt compelli quis possit, si pietas versetur, & non reperiatur alius, qui id officium possit exercere: tunc enim posset iudex compellere ad hoc hominem sibi subditum, secularis iudex secularem, clericos vero Episcopus, & licet Episcopus videatur ratione officij executoris laicos posse compellere, verum est eos qui obligati sunt ex testamento non alios, & ex ista distinctione possunt opiniones concordari, quas hic refert Alexan. & diligentissime vt solet, *D. Domin. Antonius in numero 27. & 28.* & ratio est manifesta, quia nullum est officium adeo priuatum, quin ex causa non versetur publica vtilitas, vt quis id exercere compellatur in subsidium. nam & vendere quis aliquando compellitur, & alia quæ iuris priuati sunt, exercere, sed non temerè hoc iudex facere debet, sed vbi manifestum sit sine euidenti damno, non aliter posse id confici, in quo & pietas, & vtilitas versetur, & vt eleganter inquit *Vlpianus in lege, sed hec supra de procuratori.* hæc neque passim admittenda sunt, neque distinctè denegunda, sed à prætore causa cognita temperanda; si tamen æstimauerit iudex, is necessitatem habebit hoc facere quod præses iusserit.] vt dicit text. licet non loquatur in exteris. *in l. 1. in fi. C. vbi pupill. educari debe.*

Singularis interpretatio.

An autem in conscientia teneatur quis subire arbitri officium, quando posset partes componere? & glos. hoc fateri videtur *xi. quæst. 1. in c. sicut,* quod verum puto solum vbi esset negotij natura talis vt ad id possit quis compelli, vt modo dixi, tunc enim peccaret hoc recusando, alioqui iuste dicere posset, O homo quis me constituit iudicem inter vos? & hæc est veritas, sed vide *Imol. & Feli. in c. pastoralis de offic. delegat.*

Hæc autem in consanguineo testatoris aliqui existimant non procedere, qui volunt posse compelli consanguineum exequi, & arbitri officium assumere, per text. in *l. 1. in §. quamuis, supra, vbi pupill. educa. debeat,* vbi inquit *Vlpianus,* quamuis autem prætor recusantem apud se educari non polliceatur se coacturum, attamen quæstionis est, an debeat etiam inuitum cogere, vt puta libertum, vel parentem vel quem alium de affinibus, cognatisve, & magis est vt interdum debeat id facere,] & ita post alios quos refert, tenet hic *Dom. Antonius in numero 28.* quod omnino falsum est. non obstat text. *in dicto §. quamuis,* quia ille casus ad id quod supra diximus pertinet, vt ex causa cogi possit, nam & deficientibus consanguineis poterit iudex, & exteros compellere in specie *dicti §. quamuis,* neque contrarium ibi voluit *Bal.* post Dinum, quia intelligi debet, vbi non deficiunt consanguinei vt raro deficiunt, & licet verum videatur, aliquando compelli posse vt diximus exteros, tamen id fieri fauore minoris est admittẽdum, alioqui inconsulto principe non videtur aliquem posse compelli, officium priuatum exercere. text. singularis in *l. 1. in §. quæritur, infra de curator. bon. dand.* Quæritur, inquit *Vlpianus,* an inuitus curator fieri potest, & Cassius scribit, neminem inuitum cogendum fieri bonorum curatorem, quod verius est. voluntarius itaque quærendus est, nisi ex magna necessitate, & imperatoris arbitrio hoc procedat.] & ita quod prædicti volunt consanguineum compelli posse, vt arbitretur ex *Bal. in dicto §. quamuis,* verum non est regulariter, sed vbi statutum cogit causas inter consanguineos compromitti in consanguineos, tunc enim accipere compromissum compelli poterunt, quia si coguntur compromittere, id non debet esse frustra, quod si arbiter esse compellitur, non posset dicere sententiam, item quia in ea specie officium videtur publicum illius familiæ, quæ compromittit, cùm id necessitate fiat, & in ista specie erit vera opinio Baldi.

Contra D. Anton.

Vltimo loco circa dictam quæstionem addit Bartolus, quod in omnibus speciebus 13
in quibus quis compellitur alias arbitrari, non compelletur, si arbitrium ponatur in vim conditionis, si enim compelleretur, non esset conditio, cuius est natura, vt existere, vel non existere possit, alioquin non esset conditio, vt in *lege impossibilis in fine, & in l. in illa stipulatione, in §. final. infra de verbor. obligationib. & in dicta lege, itaque, supra si certum petat.* & notat *Bartol. in lege 1. in secunda columna, in num. quinto, infra de condition. & demonstrat.* & diximus in *lege Gallus, in §. & quid si tantum, in numero 17. supra de liber. & posthum.* Nam testatoris voluntati repugnaret, si compelleretur arbitrari, esset enim auferre

aufetre conditionem, quod fieri non debet. plus enim rribui à prætore ei, qui fideicommissum petit, quam testator voluerit absurdum est: vtique autem testator nisi expleta sit conditio, neque scriptum hæredem ad hæreditatem vocabit,] inquit *Caius in l. facta in §. sub conditione infra ad senatus consul. Trebell.* & quæ disposuit sub conditione ea non existente, non disposuit, vt *supra de conditio. indebit. in l. qui promisit*, ideo compelli arbitrari numquam potest, vbi in conditionis vim arbitrium est collatum.

Sed istam opinionem Bar. reprobat vterque Imol. dicentis locum remanere conditioni etiam si cogi possit, scilicet si compulsus non obtemperauerit. & facit in argument. tex. in *l. 3. C. de hæreds. instit.* vbi consideratur hæc potentia, inquit enim tex. Potuit enim quãuis innuente domino nolle adire:] sic & poterit hic quamuis innuente prætore non arbitrari, sed mirandum est *Ioan. de Imol. & Alexand.* tam leui, & falsa ratione moueri, neque enim credendum est maxime cum nihil sua intersit iuris dicenti non obtemperaturum: nam neque prætor hoc aduersus voluntatem testatoris tentare debet, vt si iudici obediat, testatoris voluntas violetur, ideo eorum ratio euidentissime subuertitur. maxime quia & in seruo præsumptio est domino obtemperaturum, vt est expressum in *l. inde Neratius in principio supra ad l. Aquil. & in l. si quis vxori, in §. si seruus, infra de furt.* arg. contra *infra ad l. falcid. in l. pretia rerum, vers. sed neque*, sed de hoc alibi. Deniq; vel iudicis, vel testatoris contemnenda erit voluntas, si istorum Doctorum opinionem probemus, quod nemo dixerit, cum iudex voluntatem, non solum expressam, sed quomodocumque elicitam sequi debeat, vt legem, vt in *l. in conditionibus primum lo-*

Contra vtrumque Imol.

14 *cum, infra de conditioni. & demonstrat.* ideo ista ratione omissa videtur quod si semel dixit se velle arbitrari, compellendum fore; etiam si in conditionis vim arbitrium fuerit impositum: quia vt supra diximus in conditione si voluerit arbitrari duo sunt vt conditio legari impleatur, alterum velle arbitrari, alterum cum arbitretur, vt arbitretur debeti: licet igitur cogatur arbitrari, id est declarare, non tamen compellitur isto, vel illo modo arbitrari, sed arbitrari poterit vel deberi, vel non deberi, & ita conditionis naturæ, non repugnat hæc prior compulsio.

Subtilis defensio Bart.

Sed licet hæc sint subtilia, & verisimilia valde, tamen potior mihi videtur Bart. opinio. in omnibus speciebus, etiam si dixerit se velle arbitrari, vt non compellatur. licet enim vbi dixit se velle arbitrari videatur purum legatum, quasi certum sit quid bonus vir esset arbitraturus, vt in fi. tex. ibi, Quæ enim mora est in boni viri arbitrio,] quod etiam in primo tex. erit verum quo ad verbi significationem puro effecto legato, si bonus vir arbitraretur æquum esse, vt legatum debeatur: quia cum boni viri arbitrium sit quoad ius certum, quia Quantum in natura hominum sit posset scire debitum viri,] vel non, vt in *lege respiciendum, supra si cert. petat.* & hoc sufficit, vt in *lege cum quidam, in §. quod dicitur de acquiren. hæred.* vt sit purum legatum, vt in *lege cum ad præsens supra si cert. petat.* Tamen adhuc puto neque 15
compelli posse, neque purum adhuc effici legatum, quod dixerit se arbitrari velle. nam neque purum efficitur legatum, quod Titius dicat, se capitolium ascendere velle, nisi adscendat, ita neque purum est legatum quod arbitrari se velle dicat, nisi arbitretur: nam & factum & voluntatem expressim, qua declaretur arbitrium, non qua ad arbitrium tendatur, requisiuit testator. eius ergo voluntas expectanda erit, neque compellendus erit arbitrari, sicut neque compellendus est ascendere Titius, vt conditionem adimpleat, licet dixerit se ascensurum: liberam enim non coactam voluntatem testator expectasse credendus est, quod omnes leges in hac materia loquentes sentire videntur. nam in *lege si quis Sempronium, supra de hæredibus instituendis*, Pomponius hoc voluit expresse, dum dicit Hoc ipsum, scilicet ascendere capitolium, in potestate sit repositum Titij.] idemque voluit *Modestinus in l. non vmquam infra de conditionib. & demonstration.* quæ sunt maxime notanda, quia Doctores non ita explicant.

Neque me mouerit, fore casus, quibus natura conditionis possit obseruari, etiam si compelleretur, vt puta, si prius obierit quam arbitretur, quia hæc species non sufficit, vt conditio subsistit, alioqui conditionem si Titius velit, diceremus valere posse, cum possit mori antequam sciat impositam conditionem, & ita non semper ex eius voluntate pendebit legatum, & tamen hoc non efficit vt bona sit hæc conditio: in conditionibus enim casus, qui secundum verborum naturam communiter obueniunt considerandi potius sunt, quam alij metaphysici, ad quos non specialiter testator respexisse videtur, licet & hi eius verbis etiam possint comprehendi. non ergo sufficit vt impleatur conditio, quod velit arbitrari, sed opus est, vt etiam arbitretur, ad quod numquam compelli potest, vt voluntas testatoris obseruetur.

Quæ omnia vera sunt, nisi quando arbi- 16
trium refertur ad eius personam, cuius versatur commodum in non arbitrando, vt à legato liberetur, quia tunc compelli potest arbitrari, vt si ab hærede vel legatario. si arbitratus fuerit decem Titio legetur, vel Sticho libertas, vt *in lege Thais, in §. sorore, infra de fideicommissar. liberta. & infra de legat. 3. in lege fideicommissa. in §. quamquam, in versicul. proinde*, vbi *Vlpianus* ait, Proinde si ita sit fideicommissum illi, si te meruerit, omnimodo fideicommissum debebitur, si modo meritũ quasi apud bonum virũ collocare fideicõmissarius potuit,

& ita

... sit, si te non offenderint, æquè debitum neque poterit hæres causari non esse meritum, aliter vir bonus & non infestus meritum potuit admittere, idem est etiam expressum in *l. si seruos infra de manumiss. testam.* vbi inquit *Africanus*: seruos legauit, & ita cauit rogo, si te promeruerint dignos eos libertate existimes, prætoris hæ partes sunt. Vt cogat libertatem præstare nisi quid tale &c. *Et Scæuola in dict. §. sorore*, nō spectandum quod hæredibus displiceat, sed id quod viro bono possit placere, vt libertatem consequantur. Neque intelligo quid circa *dictum §. quanquam* velit sibi *hic Bar. in num. 3. in fin.* dum notat differentiam in illo tex. inter verba, præsentis & futuri temporis, cum totus loquatur per futurum.

Denique compellendus est arbitrari hæres, & post arbitrium si male arbitratur, ab eius arbitrio recedetur, quod vltimum commune est, etiam si in tertij arbitrio legatum sit, primum vero in eo tantum casu quando relinquitur legatum in arbitrium hæredis vel alterius, cuius interest legatum non valere, obseruabitur ne ridiculum sit legatum si in potestate grauati esset constitutum, non deberi vt in *dicto §. quamquam, & in l. si sub hac infra de actionib. & oblig.* Sed in tertio liberum debet esse arbitrari, vel non, quod verum erit, etiam si aliquid sit sibi in testamento relictum, quia id non amittet si non arbitretur.

17 Neque obstāt supradicta per *l. sed hæc nimium, supra de excusa. tutor.* quia non loquuntur quando in vim conditionis aliquid adijcitur, quia vt sequetur conditionis natura, liberum esse debet, ab omni pœna, idque ex testatoris mente colligitur, & ita optimè Bar. ponit istam doctrinam, licet verba sint corrupta in num. 7. vbi enim dicit, si debet dicere nisi, vt nunquam compellatur, arbitrari, vbi in vim conditionis ponitur arbitrium tertij, neque recedatur à persona eius, sed eo non arbitrante legatum deficit, & ita tenet *Bart. hic in numer. 9.* qui tenet prima parte text. deficere legatum Titio non arbitrante.

Vbi autem quis compellitur arbitrari qua actione cogatur Bar. distinguit, die vt per eum, ex quibus nota quod in priori parte tex. non receditur, à persona illo non arbitrante, sed male arbitrante receditur, vt differat arbitrium à libera voluntate, alioquin esset lex imposita verbis, & non rebus. In secunda vero parte receditur à persona siue nolit arbitrari, siue malè arbitretur.

Nota & singularis interpretatio.

Sed hæc dicta sunt retinendo maximè vt possimus doctorum nostrorum intentionem, nam verè loquendo dura videtur hæc interpretatio, vt si arbitratus fuerit deberi, vel non deberi legatum, recedatur ab eius arbitrio, nam si Titius arbitratus sit, non deberi, si recedatur ab eius arbitrio, tum deficiunt verba testatoris, qui ita legauit, si Titius arbitratus fuerit non alias, ideo verissimum puto quod nulla lex in iure reperiatur de legato facto si Titius arbitratus fuerit, nam arbitrium regulariter pro libera voluntate accipitur, quā- 18
do ab substantiam legati refertur, vt hic in prima parte quæ æquiparat legato si voluerit, sub qua conditione si voluerit Titius, *Vlpianus* existimauit posse legatum relinqui. *Vlpianus* inquam *hic & in l. fideicommissaria libertas, quæ non potest cauillari, de fideicommissa liberta.* vbi inquit, si ita scriptum sit, si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo, mihi videtur posse dici valere libertatem, quia cōditio potius est quemadmodum si similiter legatum esset, (si Titius capitolium ascenderit) clara est hæc opinio Vlpiani; qui semper æquiparat istas conditiones: & *idem* etiam *Vlpianus* hoc clare dicit *in leg. senatus in paragra. legatum supra titu. proximo*, cuius est ille text. licet *Costa* dicat esse Africani, & ita hic arbitrium relatum ad substantiam legati, pro libera sumitur voluntate, quando tertio adijcitur, & valet secundum Vlpianum, secundum vero alios secus, vt bene defendit *Acosta*, & nos latè interpretati sumus in dicto libro secundo selectarum interpretationum in capite sexto ibi omninò, quicquid somniet quidam *Ludouic. Textor. in l. Vtrum in paragra. cum quidam, infra de reb. dub.* contra leges expressas, in cuius lecturam maximè perquisitam nunc incidimus, sed frustra, nam tota nocte in eo laborantes nihil prendere, multa tamen reprehendere potuimus, sed redeamus ad nostram legem, in qua arbitrium pro libera voluntate sumitur, sicut & in *leg. suus quoque in paragra. puto infra de hæredibus instituendis & in leg. 3. in princip. supra de eo quod cert. loc. & in leg. stipulatio non valet, infra de verbor. obligationib: & in leg. si sic. in paragra. final. supra de leg. 1. & in l. quod si fundus, supra de fund. dotal. & in dicta leg. vtrum, in paragra. cum quidam. & in leg. non vnquam, infra de condition. & demonstration. & in leg. illa institutio, supra de hæreditat. instituen. & in leg. hæc venditio supra de contrahend. emptio. & in leg. si id quid infra de liberat. legat.* & sæpissimè apud *Ciceron.* vt in *Verrem actione 7.* Iura omnia popul. Roman. mittit, atque arbitrio Chelidonis meretriculæ gubernari,) & alibi sæpe: Nunc vero dicimus nullam legem reperiri in iure nostro,
quæ loquatur de legato in arbitrium tertij tan- 19
quam boni viri relicto, & ita in lege partitæ quæ transcribit leges iuris cōmunis, potest obseruari scilicet *leg. 29. tit. 9. part. 6.* si Nam hæc loquitur de libera voluntate, omnes enim quæ loquuntur de legato relicto in arbitrium, loquuntur de arbitrio hæredis, in *l. fideicommissaria in paragra. quisquis infra de legat. 3. in l. si sic de legat. 1. in leg. fideicommissaria libertas*, supra alleg. in *l. si seruos, de manumiss. testa.* de arbitrio vero tertij nulla quoad substantiam legati, quod semper forsan arbitrium tertij pro libera voluntate assumebant, in quam legatum relinqui non poterat, etiam si tertij voluntas foret, vt est expressum in *leg. non vnquam, supra allegata;*

Nota & singularis opinio.

contra opinionem Vlpiani, nisi quando arbitrium referebatur ad hæredem, tunc enim arbitrio in qua specie & arbitrari & rectè arbitrari opus erat vt supra dictum est, vel quando ad quantitatem, non ad substantiam refertur, vt hic in 2. parte.

Et hoc non est sine ratione: nam si in arbitrium Titij legatum relinquitur, vel non erit recedendum ab eius arbitrio & erit libera voluntas, in quam legatum fieri non potuit, vel erit recedendum, si male arbitretur, & iam non seruatur defuncti voluntas, quæ non in arbitrium simpliciter, sed in arbitrium Titii reliquit, & in vim conditionis cuius natura est, vt à persona non recedatur, vt in *leg. conditionibus pupillus*, *& in l. qui hæredib. & in leg. Maeuius infra de condition. & demonstrat.* Et ita verum est quod non repetitur expressum in iure, quod in arbitrium tertii substantia legati relinqui possit, bene tamen quantitas vt in secunda parte istius text. Nam licet *Vlpianus* hoc dixerit in principio text. ex eo fuit, quia pro libera voluntate arbitrium assumebat, sicut ferè semper assumitur vt in legibus supra allegatis in quam voluntatem & legari posse, si tertii voluntas non hæredis sit *ipse Vlpianus* contra alios iurisconsultos existimauit, quia nihil interesse putauit; legetur sub conditione si voluerit, vel sub conditione si capitolium ascenderit tertius, in arbitrium autem tertii regula tum ratione posse legari, nullus expressit iurisconsultus, nec *Vlpianus* hoc secerni à libera voluntate existimauit, nec secerni potest, si obseruanda est testatoris voluntas, & conditionis natura, vt à persona non recedatur, in hærede autem, qui vicem defuncti obtinet æquissimum fuit arbitrium pro boni viri arbitrio sumi, & in omnibus bona fide, vt testator de eo quem suum successorem fecit, confisus est, & ita non libera & sine effectu voluntas requiri videatur ne in obligati nutum obligatio conferri, quod ridiculum esse videatur, vt in *leg. si sub hac infra de actionibus & obligationibus* ratio singularis est, quia vbicunque in domini persona, vel eius cuius interest arbitrium confertur, pro boni viri arbitrio intelligendum est,] vt est regula iuris in *leg. in personam in paragra. generaliter*, & in *dicta leg. hæc venditio supra de contrahend. emptio.* facit text. in *leg. si libertus ita*, *infra de oper. libert.* & quod dicitur in dicta regula in bonæ fidei iudicis, hoc etiam non repugnat testamento, quod maximè bonæ fidei est, vt in *lege tertia Cod. in quibus caus. in leg. rest. non est necessa.*

Et licet hoc viderit *Acosta*, non tamen vidit non simpliciter positam regulam, sed quando
20 in domini, vel cuius interest arbitrium confertur dispositio, quod superiorem nostram obseruationem confirmat & probat, & hæc est singularis, noua & vera resolutio secundum quam cogeris fateri hanc legem hucusque non fuisse intellectam, nec eius materiam, nam hoc vltimum *Acosta*, qui eam optime est interpretatus, in quo est tota vis istius legis, & materiæ non est assequutus.

Sed hoc quia difficile est, iterum per conclusiones explicemus, nam bis & ter, quod pulchrum est (vt dicitur prouerbio) sit igitur conclusio prima in liberam voluntatem tertij legatum relinqui non potest, secundum Pomponium & communem nostrorum doctorum sententiam, secundum Vlpianum vero potest, quia nihil interest secundum eum inter conditionem si voluerit, & inter conditionem si in capitolium Titius ascenderit,

Secunda Conclusio, sicut non valet in voluntatem tertij, ita neque in arbitrium tertii, quia sumitur pro libera voluntate arbitrium, vt dictum est, ideo iurisconsulti non ponunt in arbitrium tertii relinqui legatum, neque lex aliqua reperitur, in qua valeat legatum vel institutio in arbitrium tertii collata, nisi Vlpiani quia apud ipsum & alios iurisconsultos, arbitrium tertii significat liberam voluntatem, vt hic & in dicta regula iuris, quare autem arbitrium tertii non capiatur tanquam boni viri arbitrium, ex eo contingit, quia aut debet compelli arbitrari, vel recedi à persona, & tunc non erit conditio, quæ libera esse debet, aut volumus non compelli neque recedi a persona, & erit mera & libera voluntas, neque alligata rationi.

Tertia conclusio, in arbitrium hæredis legatum relinqui potest intelligitur enim de boni viri arbitrio, & receditur à persona, & cogitur arbitrari, quia licet vt diximus arbitrium liberam voluntatem significet, fallit tamen quando arbitrium adiicitur illi, cuius interest, per dictam regulam iuris, quia tunc non inconuenit, vt conditio suam naturam amittat adiecto verbo arbitrii, quod potest esse ambiguum, ne voluntas testatoris, vel contrahentium vitietur, quod esset si simpliciter prout solet regulariter, pro libera voluntate caperetur, vt in *leg. in euentis. Cod. de contrahenda empt.* & hæc distinctio est expressa *dicto §. generaliter, in l. personam de reg. iur.* vbi inquit *Vlpianus*: Generaliter probandum est vbicunque in bonæ fidei iudiciis, confertur in arbitrium domini, Vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum est.) In voluntatem autem hæredis legari non potest, quia liberum arbitrium significat, neque adiectionem aliquam recipit, id verbum ex natura sua, quæ omnia sunt valde notanda, nam sine his hęc materia non est intellecta.

Item additione quod in vltima parte huius textus non posset, Titius arbitrari, vt nihil detur, hoc enim sibi non est commissum,

sed

ſed quantum ſit dandum, facit text. in *leg. 3. infra de annu. legat. verſi. quod ſi ita.*

. Sed quando conſtabit eum nolle arbitrari vt alterius arbitrium perquiramus, in his caſibus in quibus à perſona receditur, & in hoc Bart. dicit, quod conſtabit nolle arbitrari, vel quod dixerit ſe nolle arbitrari, vel eo ceſſante arbitrari in priori ſpecie res eſt clara, vt *infra de option legat. in leg. apud Aufidium*, nam verba ad hoc tunt inducta, vt voluntas declaretur, vt in *lege Labeo, in § idem tn vero, de ſupellectil. legat.*

21 Sed an poſſit pœnitere, & dicere ſe paratum arbitrari, ego puto, quod ſi in ſuam vtilitatem vel in damnum tertij vellet mutare voluntatem non poſſit, vel ſi arbitratus eſt ſemel, & velut arbitrium mutare, argument. *du. leg. apud Aufidium*, in obſeruationem voluntatis teſtatoris re integra credo quod poſſit mutare voluntatem, vt in ſecunda parte huius l. ſi dixit ſe nolle arbitrari, poterit pœnitere re integra & arbitrari, ſed ſi ſemel arbitratus eſt decem, non poterit mutare augendo, vel minuendo, quia eſt in tertij præiudicium, ideo in prima text. par. id eſt vbi eſt conditio, quæ reſpicit ſubſtantiam legati, nunquam erit locus pœnitentiæ, cum ſi ſemel dixit nolle arbitrari, iam deficiat conditio, ideo parti ius eſt quæſitum, nam in conditionibus, non poteſt mora purgari, vt in *l. Thais in §. intra infra de fideicommiſ. libertat.* & tenent doctores quos refert *Aceſta in libro ſecundo in capite quarto in numero primo in fine.*

In obſeruatione autem voluntatis teſtatoris re integra puto vt ſupradixi, quod poſſit pœnitere, nam ſi in ſpecie ſecundæ partis legis noſtræ, dixit ſe nolle arbitrari re integra cum nulli fiat præiudicium, neque enim deficit legatum quod fuit purum, poterit poſtea velle arbitrari, & arbitrari quantum dandum ſit, facit *de procuratori. libro ſexto capite licet is cum ibi notatis, ex quibus colligitur hac diſtinctio.*

22 Si verò non dixit ſe nolle arbitrari, ſed ceſſauit arbitrari, & tunc quærit Bart. quæ ceſſatio ſufficiat, vel mora, vt dicatur nolle arbitrari, & tunc aut debet arbitrari ad ſuum commodum, & poteſt ſemper donec à iudice ſtatuatur terminus, vt *infra de option. legat. in leg. mancipiorum*, & etiam poſt re integra hoc arbitrium debet eſſe in vtilitatem alterius, & tunc diſtinguit Bartolus aut eſſe circa perſonas, aut circa res: in priori caſu dicit Bart. quod poteſt arbitrari donec interpellatus in iudicio conſtituatur in mora, vt *infra eodem leg. cum quidam*, ſi vero circa res durat anno poteſtas arbitrandi, per *leg. final. in paragra. ſed ſi quis, Cod. com. de legat.* & eum Bartolo tranſeunt plures, vt ibi refert Iaſon.

Sed contra hæc oppo. *Bart. de leg. ſeruos infra* *de manumi. teſtam.* vbi poteſtas arbitrandi, durat toto vitæ tempore, ſol. id ex mente teſtatoris, qui voluit vt ſeruus eſſet obediens in vita hæredis, quod ſic declarat, teſtator relinquit libertatem ſeruo, ſi promeruerit in futurum, hoc autem ex officio quod domino præſtiterit, perpendi debet, id autem non habet tempus præfinitum, ideo morte hæredis circumſcribitur, nam longo ſeruitio hoc experiendum eſt. facit *infra titulo primo in leg. vxorem, in paragra. Scæuola*, de quo text. latiſſimè in dicto capite 6. ſcripſimus in numero vigeſimo-ſecundo.

Sed videamus quo tempore poteſtas executoris teſtamentarij duret, & in hoc dic vt teſtator tempus impoſuit, & id ſeruari debet, & poſt illud tempus ceſſat poteſtas, vt *infra iſto titu in leg. ſtatu liberum in paragra. Stichum*, id autem tempus currit ab hæreditatis aditione, vt in *l. ſtatu liberos, in paragra. ſi quis heredi inſ. de ſtatu liber.* Si vero nullum præfinierit tempus teſtator, executor habet annum à lege vt in *l. nulli Cod. de epiſ. & cle.* qui annus ab aditionis tempore currere incipit ſecundum dd. per d. l. licet *Barb.* velit à tempore mortis currere, cuius opinionem lege regni ſcilicet tit. 10. p. 6. probari vult *R. Epiſ. in cap. 3. in numero 2. extra de teſtam.* quam tamen legem dicit intelligi poſſe in exequendis legatis, quæ non exigunt aditione hæreditatis, ſed dici etiam poſſet, licet lex patriæ dicat quod infra annum à morte teſtatoris debeat fieri executio, tamen id recipit interpretationem, vt intelligatur à mortis tempore, & aditæ hæreditatis, nam & in *d. §. ſi quis heredi.* expreſſè fuit dictum, in diebus triginta proximis mortis teſtatoris.] Sufficit tamen vt infra triginta dies ab adita hęreditate fiat ſimilis interpretatio, fit in *l. fin per glo. in verb. delata C de iur. delib.* de quo diximus latius in iſtis noſtris ſelectarum interpretationum in libro primo in capite duodecimo in numero octauo, vſque ad fin. licet ne diutius executio vltimæ voluntatis differatur, videatur verbis legis potius inhærendum: tamen hæc nihilominus eſt legitima & conſueta legum interpretatio, vt quando in lege adiicitur, tempus mortis ſimul cum aditione hęreditatis intelligatur, cætera quæ ad hanc rem pertinent. vide *per Reuerend. Epiſcopum vbi ſupra.*

Quærit Bar. eo non arbitrante ad quem recurratur, & diſtinguit dic vt per eum, & intellige in caſibus, in quibus poteſt à perſona recedi, vt in 2. parte text. & in *lege Thais, in paragra. ſororem*, nam aliquando non receditur, vt in prima parte text. vel quando in vtilitatem ſuam debet quis arbitrari, vt argum. in *l. ſi ita legatum, in § illi ſi volet, ſupra tit. 1.* etiam ſi non ſit conditio, vt in 2. part. text. quia imputet ſibi ſi nollet arbitrari, pro hoc *infra de condi. & demonſt. in l. iure ciuili & infra de verb. obl. in l. in executione, in §. fin. & in l. ſi quis arbitratu*, iunctis his quæ *Bar. ibi*, licet non ſit hoc de mente Bar. hic, ſed in op- 44

Franc. Sarmientus. Nn 2 tiond

tione,hoc locum non habet, quia transfertur ad adversarium ius optandi,vt *infra eod.leg. statu liberum,in §. Stichum.*

Quærit præterea Bar.quid eo male arbitrante,& dicit quod indistinctè recurritur ad iudicem,vide per eum quod intellige, vt & supra dixi, quando recedi potest à persona, nam aliquando non potest, vt quando in vim conditionis in prima par. text. Sed dic vt supra,quia venus est in ea specie non valere legatum, nisi in arbitrium illius cuius interest, non valere relinquatur,vt dictum est,quia tunc recurritur ad iudicem.

Vlterius Bar.quærit, quæ verba denotent arbitrio remitti se, qui late hoc tractat in extrauag. ad reprimendum, vide quæ diximus supra quando miscentur verba arbitrii & voluntatis.

Quærit Bar.insuper an possit arbitrari partibus absentibus Bal.distinguit, ego puto quod nunquam sit necessaria partis præsentia, vt arbitrium valeat, quia si bene arbitratus fuerit, nullus causari poterit, se non fuisse vocatum,si vero male arbitratus esse dicatur, recurri potest ad boni viri arbitrium fac. regul.iuris, quæ potest inuitis, neque enim potest dici nullum esse arbitrium ex solemnitatis defectu, cum nulla solemnitas in iure statuta ad hoc reperiatur,& hoc puto verius cum recentioribus quos refert *Ias. in d.leg. si quid is arbitratu, in numero 21. & 22.*nec obstat quod text.ibi dicat,deinde ipse stipulator moram fecerit,quo minus arbitretur Tit. quasi eius assensus, vel præsentia requireretur,alioquin quomodo diceretur stare per eum,sed respondeo quod potuit stare per eum, si prece, vel precio arbitrium impediuit, vel si res exibere noluit, circa quas debebat versari arbitrium, vel ipse Titius noluit nisi partibus præsentibus & auditis arbitrari, licet in hac vltima specie nisi negonij qualitas maximè exigeret,non diceretur stare per eum, neque enim arbitri libitum attendere debet, sufficit enim si eum facto non impediat & libere eum arbitrari dimittat, & hæc est vera solutio omissis alijs, quæ ex quodam aduocato *Bartolus* refert.

Alias quæstiones ponit Bar.vi. per teipsum: in eo autem quod Bart. post *Innocen. in extrauag. præsenti ¶ .celum.in final. extra de rescri.* vult quod in his speciebus, in quibus recurritur ad iudicem tanquam ad bonum virum non appelletur ab illius iudicio,contrarium verius esse existimo, ne sit in eius potestate, vt de bono viro fiat iniquus, nam & in arbitrarijs appellatur, vt *in l. si qua pæna de verb significatio.*quam dd.allegant, licet ipsi hinc inde dissentiant,vt eos elegant.vt solet,refert *hic D. Anton.*

25 Vltimo nota quod licet dd. inter quos est etiam *D. Auton. hic nu m. 50. vsque ad fin. & infra eodem in l. cum quidem & Peralt. in nu m. 49.* adducit istam legem, & leges similes ad voluntates contrarias,tamen multum differt tractatus iste ab illo vt latè ostendimus,in dicto lib.2.selecta. interpretationum in capit. 4. cum sequentibus vbi explicatur latè illa materia,& ista in capit.6. ex quibus, & supradictis si diligenter considerentur multę leges, & bona pars infortiati explicantur, tot enim sunt breuiter dicta vt ex eis poterit iustum volumen conjici, si recentiorum scribendi modum sequeremur, sed nos nostra scribimus non aliena.

De quæstione autem, quæ hic tractari solet,de executione instrumentorum, quæ non habent de se certam quantitatem, parum hic dicemus, cum quia recentiores latè hoc disputant, vt refert *D. Anton. in numero quadragesimo-septimo: & Xuar. in repetit. in leg. post rem iudicatam in 4. limit. & Reuerend. Episcopus. Segob. libro secundo variarum resolutio. in capite vndecimo:* tum quia vt breuitati litium consulamus, melius est à consueto stilo non discedere, quàm nouam formam iudiciorum inducere, nam si rem ex iuris nostri principijs deducamus, ostendere possemus doctores in hoc Bart. consentientes manifestissimè errare, quia praxis, quam ex Bart. sumunt doctores, & contra leges iuris communis est, & contra verba legis nostri regni, quæ quantitatem certam requirunt, neque enim plus instrumentum potest quam sententia, quæ si ita prolata sit, vt id quod interest Titio, Seius refundere teneatur,executionem non meretur, sed aliud iudicium expectatur, vt alias in Saluiano interdicto diximus in libello de redditi. ecclesiast. in tertia parte,in capite secundo in numero 23. cum sequentibus & omnino videantur, quæ diximus in libro primo harum interpretationum in capit. 13. in numet. 8.cum sequentibus nec aliud promouet ista lex, nam certum hic sumitur, quod lege, vel natura est certum, sicut & in *leg. cum quidam, in §. quod dicitur, & in paragra. suum hæredem infra de acquirend hæredit.* quod ad eos effectus,de quibus hic,& ibi tractatur,sufficit,sed vt exequi possimus antequam id quod lege certum est,iudicio certum fiat, nullus dixerit, alioquin quicquid ego debeo vel mihi debetur, etiam sine scriptura rerum ipsarum natura & lege certum est, & constitutum est, omnia enim præterita natura & lege sunt certa, vt in *leg. cum ad præsens, si certum petat.* sed non vt antequam in iudicio pleno, & te iudicata conuincat, executio fiat nam certum & incertum non simpliciter & in abstracto, sed iuxta rem de qua agitur sumi debet, genera enim vt alibi ostendimus,sunt ideæ quædam,non res quę, vt vtamur verbis Cyni, non cadunt in mente legislatorum: sed de hoc alibi in istis selectis interpretatio. legimus & optime ponit *Bart. in leg. Meuius in paragra. duo lus infra isto titulo* denique hoc canit Iustinianus, ne sententia sine certa quantitate proferatur,ne vel nihil agatur,vel iterum ad iudicium redeundum sit,quę parum interesse differunt. 26 *Error communis.*

Neque

Neque placere potest doctorum distinctio, vt si obligatio, id quod interest contineat instrumentum executioni possit demandari, si vero factum licet iuris interpretatione succedat id, quod interest, non possit, quia si prius instrumentum in quo id quod interest continetur, executioni potest demandari, quia id in executione potest liquidari, ergo & illud, quia nihil certius est in lege, quam obligatio quæ per legem inducitur, ergo iuris interpretatione non differunt hæc instrumenta poterit ergo executio facti peti quod si tenuat factum, implere in id quod interest, fiet executio, non enim minus certum est hoc quam illud, neque quod debitoris sit potestate hoc vel illud soluere, ideo minus fiet executio, nam si Stichum aut Pamphilum promiserit, idque instrumento publico, vel re iudicata contineatur, non ideo minus fiet executio, quod in potestate debitoris sit alterum soluere, nam hoc imputari creditori, vel nocere non debet vt in *lege prima in paragra. qui autem infra quo. legato, & in leg. qua de tota, in paragra. in certaret, supra de rei venditione* & faciunt quæ tradunt recentiores in *leg. edita actio*, vbi bene *Claud. de Saisel. colum. 10. Cod. de edendo.* mitto nunc vtrum in obligatione facti succedat obligatio solum ad æstimationem facti, vt innuere videtur text. in *l. stipulationes non diuiduntur, in paragra. Celsus de verbo. obligatio.* & defendit quidam non ineruditus *Ioan. Tauez in quodam libello rerum quotidianarum in capite sexto numero duodecimo*, qui nunc ad nostras peruenit manus, vel ad id quod interest, vt vult communis doctorum opinio, quia quoad hanc rem nihil interest, & quod opinio communis verissima est. nam ad æstimationem operis non facti, tenetur & amplius si quid plus interest factum fuisse, vt in *leg. si fundum, infra de verborum obligationibus* & est expressum *in leg. 1. in principio, supra de actionibus emptionibus.*

Neque obetit supradictis quod quidam volunt in leg. final. Cod. de edict. Diui Hadri. tollend. quod in possessionem eius quod legi potest, fiat missio, non eorum, quæ intellectu comprehenduntur, quia primo illa interpretatio non est vera, cum potius mens lege interpretata, quam verborum species attendi debet, quod in omnibus iuris partibus est obseruandum, vt in *leg. scire leges supra de legibus, & Cod. eodem titul. in lege non dubium*, item quia licet illud esset verum in materia legis finalis, non tamen id adaptatur ad sententiam vel instrumentum; quod vim habet sententiæ, non magis quàm vnus Calceus omnium pedibus possit conuenire, sed istis distinctionibus doctorum omissis, verius est vbicunque aliquid superest, in quo causæ cognitio est necessaria, neque instrumentum neque sententiam posse executioni demandari, vt est expressum in *leg. ne quicquam, in paragra. vbi decretum, supra de offi. proconsul.* & legat, omnia enim, inquit *Vlpianus*, quæcunque causæ cognitionem desiderant per libellum, non possunt expediri,] & *Iabolen. in leg. omnia quæcunque infra de reg. iur.* & hæc est veritas, demque si res ista est certa & manifesta, vt causæ cognitionem non desiderat, siue verbis sit expressa, siue legis interpretatione comprehensa, ad executionem poterit perueniri, siue confessione iuramento, sententia testamento, vel publico instrumento, stantibus statutis, vel regni legibus id contineatur, & hoc est expressum in *l. 1. in §. calumniatus infra ad senatusconsul. Turpilia* quæ est l. singularis ad multa, quam sępe allegauimus, & sæpius eam sumus allegaturi, vbi inquit, quod si iudex contra reum pronuntiauit calumniatus est, condemnauit eum, & quamuis nihil de pœna subiecerit, tamen legis potestas aduersus eum exercebitur, nam vt Papinianus respondit facti quidem quæstio in arbitrio iudicantis est, penæ vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis autoritate reseruatur.] & ita fit executione sententiæ secundum legis interpretationem, potiusquam ex solis verbis, ideo si pronuntiet, occidisti, capitis pœna plectetis, licet hoc non expresserit iudex, vt *C. de episcopali audient. in l. 3.* faciunt quę diximus in d. libro primo in capit. per tot harum interpretationum.

Denique opus est vt res certa sit verbis, vel legis interpretatione, ita vt amplius causæ cognitio non sit necessaria, alioquin & si mille super eo proferantur sententię, si ita sint prolatæ vt adhuc causæ cognitio desideretur iuris ordine obseruato agendum erit, & ferè videtur expressum in *leg. proinde 2. in paragra. notandum cum leg. sequent supra ad l. Aquil.* vbi *Bar.* not. nam & iudex ita iniquè facere potest in æstimando id quod interest, sicut & in condemnando, imo magis in hoc cum facti sit, vt in *l. quatenus infra de regul. iur.* iudicis officium versatur ad quod iudiciorum ordo dirigitur, vt patet ex *dicto paragra. calumniatus*, & alijs legibus quas adduximus in dict. lib. 1. harum interpret. in capit. 13. in numero 3. & 4. quod est valde notandum, quia est de intentione, & mente legum, & ipsa veritas quæ semper apparebit in iure nostro, si res ex sua origine deducatur, & ex ll. ipsis etuatur, sed opus est in eis diu noctuque non in re portorijs, vel recentiorum verbosis & inutilibus commentarijs versari.

Vltimo notandum est, quod id quod dicitur boni viri arbitrium, vel peritorum iudicio, vel simile estidem quod in contractibus onerosis dicitur locare auersione, vel vt alij dicunt aduersione, vel vendere, quod Hispane dicitur *à vista de officiales*, vel si sit res, quæ gustu probari solet, à prueua, id est quod à

viris illius rei peritis approbabitur, & ita intelligitur l. opus quod auersione locatum est, *supra loca. & condu.* vt rectè existimauit *Alciat. in libro sexto Parerg. in capite vigesimo-octauo.* Nam quod *Acursius* putat auersione, vel aduersione locari, vel vendi dici suscepto periculo, &

Contra D. Petr.

vt vulgo dicitur ad resigum, vt interpretatur *Petr. Peral. in leg. qui duos reos, infra isto titul.* falsum est, vt bene *Alciat.* interpretatur effectus is sequi possit, non tamen hæc est istius vocis recta interpretatio, neque potestas.

Contra D. Episcop. Illerden.

Multo minus defendi potest interpretatio *Antonij Augustin. Illerden. Episcop. in libro tertio in emendation. in capite sexto*, qui communicata sua opinione cum Lælio Taurello existimauit, quando venditur omne vinum vel oleum, vel frumentum, vel argentum quantumcunque esset vno pretio, tunc auersione venditionem fieri, quod si vinum ita venierit, vt in singulas amphoras, item oleum vt in singulas metretas, item frumentum vt in singulos modios, item argentum vt in singulas libras certum pretium diceretur, tunc non fit auersione facta venditio, nam non hoc modo accipiunt auersionem iurisconsulti, sed ita vt ea res an recte confecta sit, vel an vinum bonum sit, peritorum iudicio relinquatur, & ita expediri debent leges de hac re loquentes, quas Acurt. & doctores allegant, & post eos Alci. & Antoni. Augustin. videamus de singulis, vt eis verum sensum accommodemus.

In primis text. in *lege si prius*, *supra locat.* clare hoc ostendit, inquit enim *ibi Iabolenus*, dum putat id quod in l. præcedenti dixerat *Florentinus*, opus quod auersione locatum est, donec approbetur conductoris periculum est.] Ita demum verum esse, nisi tale opus esset, vt omnino probari deberet, inquit enim, Si priusquam locatori opus probaretur vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, vt probari deberet,] quia si ita perfectum erat, locatoris est detrimentum, si vero non dum erat tale vt approbari deberet, detrimentum esset conductoris, vt *Florentinus* voluit, ad quas leges interpretatio domini Antonij Augustini non potent applicari, & *Iabolenus* interpretando legem Florentini clarè ostendit, huius rei interpretationem vt supra diximus, hoc idem ostendit *Vlpianus in leg. si quis vina, in paragra. si auersione, supra de pericul. & commodi. rei vendi.* si auersione (inquit,) vinum venit custodia tantum præstanda est,) Ratio est, quia si bonum erat, ita probari deberet, ex sententia Iaboleni, perijt periculo emptoris, nisi in custodiendo culpam commiserit venditor, ad quam solam tenetur, si enim vinum non esset bonum, vt probari non deberet, non est facta venditio, cum sub auersionis conditione fuerit concepta, ideo perijt illi, cui periret si contractus gestus non esset.

Rursus *Paulus* etiam *iurisconsultus* hanc interpretationem probat in *leg. final. supra ad legem Rhod. de iact.* vbi existimat quod si nauis duarum milium amphorarum auersione locata est, debet solui pretium pro duabus millibus, si vero pro numero inuectarum contra se habeat, quia in priori specie cum auersione locata sit, vt vulgo dicimus, por lo que me resce, bonique viri arbitrium vertitur, bonus autem vir quantum quod capiat nauis æstimare debet, posteriori vero, solum pro eo quod infertur in naui, promittitur merces; ideo non consideratur quid nauis capiat, sed quantum in naui positum est, & ita cum res sit clara, non est quod bonus vir arbitretur, quoad mensuram nauis, sic auersionem ibi, id est, arbitrium opponit rei manifestæ, & claræ, denique in vtraque specie locatio facta fuit pro numero amphorarum, sed altero tacitè earum amphorarum, quas capit nauis, altero expreßè amphorarum illatarum in naui licet ita interpretetur, Anton. Augustin.

Simile est illud *Vlpiani, in l. 1. in §. exercitorem, de exercitor. actio.* de eo qui auersione nauem conduxit, id est pro eo pretio quod nauis meretur, peritorum iudicio & ita ille exercitor nauis dicetur, qui ita conduxit, cum ipse nauis habeat administrationem, si enim locasset vt inferrentur merces suæ pondo mille, vel amphorarum potius vector esset, quam exercitor nauis, quod licet bene interpretetur *Anton. Augustin.* id tamen contingit, potius ex effectu rei, quam quod dictio illa auersio habeat significationem, quam ipse putat.

Et ita etiam interpretari debet *leg. qui officij. supra de contrahen. emptio. in paragra. final.* vbi *Modestinus* inquit, res auersione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiam si res adsignata non sit,] quod responsum debet ex Iaboleno interpretari, si res talis fuerit, quæ approbari, deberet, nam si non deberet approbari, non potest ad emptorem pertinere, cum vendita res non sit, vt est text. singularis, qui similem facit interpretationem, *in leg. item veniunt, in paragra. ait Senatus. 2. versicul. quamquam posint dici neque ab initio supra de petit. heredit.* & considera illum textum quia non est ille quem allegat *D. Anton. Augustin.* ad aliud quia est *paragra. ait senatus, prima in versicul. in priuatorum*, ibi, licet in publica causa &c.

Quæstionis tamen quare Africanus in l. & & hæc distinctio, supra locati, de locatione insulæ auersione loquatur, cum nihil interesse videatur vno vel alio modo ad propositam ibi quæstionem, si Cuiacius tractatus Africani, vt cœpit potuisset perficere, non parum in hac

re vt

re vt erat ingeniosissimus forsam nos iuuasset sed tenremus si possimus colligere, quid peculiare sit locationis auersione factæ in eius quod interest æstimatione: & notandum est lucrum cessans, & damnum etiam emergens in locatione venire, si locatoris impedimento conductor frui re locata nõ possit, vt si domum cuius merces decem valeret, quinque sit locata, prohibitusque sit à locatore habitare conductor in quinque agere ex conducto potest, item ad damna, sed in locatione, quę aduersione fit, hęc vtilitas lucri cadere non potest, si solum damni æstimatio fiat, quia cum ad peritorum arbitriũ debeat, ęstimatio fieri, non potest quis ex locatione lucrari, cùm id quod communiter æstimetur soluere, soluere debeat, erit igitur solius damni æstimatio si ex locatoris impedimento, in quo dolus vel culpa insit, habitare non potest, si cum ex necessitate id contingeret solum remittere mercedem, vel reddere, si exegerat, tenetur, & licet hæc videantur, ad dict. l. & hæc distinctio non omnino satisfacere, tamen cum ibi Africa Seruij sententiam non plenè referat, cuius responsa non habemus, nihil dici potest, quod ita omnino satisfaciat, quin aliquid diuinarem opus sit.

Et notandum est, quod potest res auersione locari dupliciter, vel quod auersio vel arbitrium respiciat totam locationem, pretiumque ipsum, vt quanti homines periti iudicabunt, vel pretio constituto vt sit perfectè res facta, quę facienda locatur, ad iudicium peritorum, & hoc proprius est auersionis, cum de illo arbitrio respicienti substantiam contractus, non sub auersionis nomine, sed arbitrij soleat comprehendi vt in *l. hæc venditio supra de contrahend. emption.* licet approbatio ipsa quando ad cõtrahentem refertur, sub arbitrio aliquãdo ponatur, vt in l. si in lege. in princi. supra locat. & vid in l. si societatem, & in l. veluti supra pro socio, differunt tamen arbitrium & aduersio, quia aduersio merum & nudum factum respicit, nõ enim peritus iudicat, deberi tot vel tot, sed rem rectè fabricatam vel mille amphorarum esse nauim, arbiter vero licet etiam factũ explicet, vt & iudex, nã quęstio facti ad iudices pertinet vt *in dict. l. 1. in §. calumniatus.* tamen nihilominus applicat ius ad illum factum, & ita progreditur vlterius.

SVMMARIVM.

1 *Donatio est vnica, licet plures res contineat quo ad insinuationem, & vbique fraus fieret.*
2 *Locari in triennium, & illo finito in aliud non potest res ecclesiæ.*
3 *Non valet pactum de renouanda emphyteusi finitis genera in totum.*
4 *Vitiatus actus in excessu non in totum.*
5 *Quando plures res efficiant plura legata.*
6 *Iuramentum falsum super pluribus rebus. an vnicum, vel plura periuria inducat.*
7 *Aliquid est singulare in iuramento in hac materia, Franc. Sarmientus.*
8 *Quando fiat conseruatio plurium rerum venditarum quo ad remedium legis. 2. C. de rescindend. vendit 19. & nu. 9.*
9 *Quando vnica res peti possit pluribus legatis.*

PAulus. Quotiens nominatim plures in legato exprimuntur, plura legata sunt; si autem supellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit, vnum legatum est, Idem in contractibus, vt *infra de verbor. obligat. in l. scire debemus*, quam glo. allegat & in iudicijs, vt in *l. cum quadam puella, in §. fin. supra de iurisdictione omnium iudicum.*

Sed opponit. quod vnicum sit legatum, etiã 1
si plures res nominatim in legato exprimantur, nam vt sint plura legata, requiritur quod diuersis temporibus non eodem contextu fiant, vt de donatione diximus *in l. sancimus, in §. si quis autem, C. de donationib. circa fin.* vbi licet plures res donatio contineat, vnica videtur donatio densioribus (vt verbis legis vtamur) donationibus aucta vel cumulata, & licet illi textui possimus respondere, quod eius decisio, cui annuæ quantitatis ibi facta fuit donatio potius ad secundam partem huius legis pertineat, & ita non sit contra, sed concordet, vt in eadem specie est determinatum in *l. Stichum. in §. 1. infra de verbor. obligat. & in l. senatus, in §. fin. infra de dona. cau. mor.* quod donatio in singulos annos sit vnica donatio, licet contra sit in legato, vt *infra de annu. leg. in l. si in singulos, & l. cum in annos,* tamen vt rectè docet *Bar. in l. Modestinus in fin. infra de donat.* & alii quos hic refert, *D. Anton. in fin.* idem esset si plures res omnino diuisim donatentur, vt domus, fundus, pecunia, vel alia, quia quo ad insinuationem vnica videtur donatio, si omnia coniunctim summa legis excedant, ideo dicendum est in ea specie haberi donationes plures eodem tempore factæ pro vna. ne fraus legi fiat, alioqui in fraudem legis fieret donatio decies centum, vt singulæ insinuationem vitarent, quod esset legis mentem verbis captatis fraudare, vt in *l. non dubium, C. de legib.* ideo lex trahenda est ad istam speciem, etiam si verba deficerent vt in *l. sed & Iulianus in §. mutui supra ad Macedon.* cum aliis quæ nos deduximus in istis nostris select. interpret. in lib. 1. in c. 12. in num. 6. cum sequent. vbi omnino videatur, & in propriis terminis vt plures donationes, vel legata pro vno habeantur, vt fraus non fiat, est tex. expressus quem non memini ab aliquo esse notatum in *l. sed duobus legatis, infra isto titul.* cui est similis vt & ibi, licet non ad hoc allegat *Barto. in l. si legatario, infra de fide fidei commissar. liber.* si enim leges sciremus, nihil contingere potest ad quod non inueniremus leges expressas, sed paucissimi sunt qui in legibus versentur.

Ex his manifestè deciditur, quod si clericus 2
qui vltra terminum locare non potest res ecclesiæ vt in *extrauag. 1. de reb. eccles. in commu.* locet bis pro duobus trienniis, vt vno finito, incipiat

aliud, incidit in pœnam extrauagantis, & excõmunicatus est, quia fraudare legem intendit & quoad hoc vnica locatio censetur, quod sensit *Anton. de Butri. in c. apostolica extrau. de donatio.* & ante eum *Ioan. Fab. in §. finitur, instit. de vsufruc.* licet alleget in argumentum, contra hæc tex. in *l. repeti. supra de vsufruc.* sed ille tex. loquitur in materia in qua nulla est prohibitio in multiplicatione obligationis & istam opinionem etiam quo ad dictam extrauag. tenet *Bart. in repeti. rubri. extra de reb. ecclesi. in 12. col. & Ias. in l. manumissiones, in nu. 7. supra de iust. & iur.* qui allegat optimum tex. *& ibi Angel. in auth. de non alienand. aut permutand. reb. eccle. in §. neque illud iunct. §. emphyteusim*, vbi sicut non potest dari in emphyteusim res ecclesiastica vltra contra generationem, ita non potest dari, vt finita illa generatione noua emphyteusis incipiat, quia fraudaretur lex.

3 Ex quo apparet, falsam esse opinionem illorum, qui tenent quod si emphyteusis redeat ad ecclesiam finita generatione, quod teneatur ecclesia renouare, aliis consanguineis, quia si neque hoc potest in pactum deduci, per *dict. §. neque illud*, quæ licet sit principis secularis constitutio, tamen naturali ratione euincitur, quomodo dicemus sine pacto, ad id ecclesiam compelli: vide quæ diximus in lib. 3. harum interpret. in c. 7. in nu. 2. vsque ad finem, & ad supradicta, vide *Tiraquel in præfatio. ad 2. partem tracta. de vtroque retractu in nu.* 11. Caueant igitur contrahentes, ne in sententiam excommunicationis incurrant, vbi illa extrauagans seruatur de consuetudine, non enim vbique fuit vsu recepta, vt dicit *Caiet. in summa, in verbo excommunicatio, casu. 75. & Silu. in verb. excommunica. 7. in §. 47.*

4 Vnicus igitur contractus censetur, etiam si diuidantur, ne fraus legi fiat, nõ tamen in totum vitiabitur, sed pro ea parte, cui lex repugnat, vt in *dicta l. sancimus. in §. 1. & in l. siue gener. alis supra de iure dots.* tenet *Deci. contra Bar. ibi in autent. qui rem C. de sacrosanct. eccle.* & vide plures quos refert *Tiraquel in tract. de vtroque retract. in fine. 2. par. in nu. 144. & Curt.* defendit in *2. parte in q. 6. col. 3.* & est expressum in *dicto §. neque illud*, neque obstat si dicatur, quod contractus sit nullius momenti, quia interpretari debet pro ea parte cui lex repugnat.

Sed quæro vbi donantur plures res simul quibus iunctis exceditur summa lege permissa, quæ earum vendicabitur? respondeo vltima illa, qua lex fraudatur, vt *in l. si quis h[illegible] infra qui & aqui. manu liber. non fi. & in l. generaliter, in §. quid ergo, versi. quis ergo statuet*, quod si non iusta computatio hoc modo fiat ad diuisionem, vel æstimationem deuenietur iuxta *dictam leg. sancimus, in versic. alias verò, cum sequent.*

5 Secundo opponitur quod etiam si plures sint res, tamen vnicum sit legatum, vel contractus, vt in *dict. l. scire debemus, in ver. stipulationem quoque legatorum*, vbi *Vlpianus* inquit stipulationem quoque legatorum constat vnam esse, quamuis plura corpora sint, vel plura legata,] Sed respondere potest, quod vt ex pluribus rebus compræhensis dicantur plura legata, vel stipulationes, requiritur, vt res enumerentur, vt promittis Stichum & Pamphilum, si verò non enumerantur vt puta seruos tuos promittis, vnica est stipulatio, & hæc distinctio ex illa l. & ex ista colligitur, oportet igitur, vt sint plures res explicitę, & expressè, non implicite, ideo si ita stipuler. promittis quicquid in arca habes, vna stipulatio est, licet plures res in arca contineantur: non obstat tex. in *l. Titia in §. fi. infra de verbo. obligationibus*; quia ibi perinde est quantum ad vim stipulationis, vt stipulatio omnia comprehendat, nam ibi non dubitatur, vtrum sint plures stipulationes, vel vna, sed an virtus stipulationis ad omnia extendatur, quod apparet ex dubitationibus præcedentium §. quod est notandum.

6 Vltimo potest induci tex. iste in argumẽtum ad q. *Archidiaconi in c. inter cætera 22. q. 4* si quis vno contextu peieret super pluribus rebus, vel articulis an censeatur semel peiurus, vel plures pro numero rerum, supra quibus peierauit, sed Archidiac. post Laurẽt. dicit quod nõ sũt in hoc audiẽdi legistæ dicẽtes, quod tot sunt iuramẽta, quot res nominatim incertæ, & *Iass. in dict. l. scire debemus in 3. col. in nu. 6.* probat istud dictum Archidiaconi, mihi verò non videtur in hac re ita leuiter trãseundũ, licet enim magna pars theologorũ tenuerit magnitudinẽ rei sup qua delinquitur cum non mutet speciem peccati non esse confitendam, adeo vt qui furatur mille vel 10. non teneatur furti quãtitatem exprimere, quia quæ differunt secundum plus & minus, nõ differunt in substantia, vt in *l. si infra de fund. instruct.* vt refert *Dominic. de Sot in 4. distinctio 18. artic. 4.* ipse tamen opinmè contrariũ defendit & benè quia & iudex aliter puniet furẽ decẽ aliter mille, maximè si teneamus opinionẽ Bal. vulgarẽ, quod pro vno solo magno furto possit quis furca suspendi, nihilominus tamen numerus delictor. omnino debet cõfiteri, quia non circũstãtia, sed substãtia, ideo hoc est extra omnẽ cõtrouersiã, ideo opus est ex multis causis examinate, an hęc opinio Archidiaconi sit vera.

Et pro vera huius rei sententia dicendum est verba iuramenti omnino inspicienda, & considerandum vtrum in futurum concipiantur, vel de re pręterita iuretur: si enim quis iuret dicere veritatem, & super quinque vel sex articulis separatim mentiatur, dubium non est quinquies, vel sexies periurasse, nã toties quoties mentitur, periurat, sicut si quis voueat castitatem quoties fornicatur reus voti constituitur, & hoc probatur *infra de verb. obligat. in l. si sic stipulatus sim*, neque per te, ibi, sæpius facta complectitur,) faciunt nota. *in l. hoc genus infra de condit. & demonstrat.* aut vnico contextu peierat super pluribus articulis, vt quia omnes negat vel fatetur, simul & vnicum est periurium, vt in *dicto §. stipulationem quoque.*

Aut iuramentum est de re præterita, in quo

facilius facta iunguntur, & tunc nisi diuisim, super qualibet re peieretur, vnicum erit periuriū, ita vt iurandi verba repetantur, & in hoc defendi potest opinio Archidiaconi, quod non ex legibus omnino hæc materia explicetur, quia secundum huius legis distinctionem plura essent periuria rebus multis falsis diuisim, sub vno tamen iuramento comprehensis, vt iure dedisse pecuniam, domum, vineam, quod non sufficit in iuramento, vt quis sit periurus, sed requiritur vt iuramenti forma specificè sepè violetur. Nam & stipulatio defuncti, non tamen iuramenti vis transit ad hæredem, *vt extra de iur. iurand. vt c. veritatis*, est igitur aliquid in iuramento speciale, quod in aliis rebus non obseruatur, audiendi ergo non essent legistæ, si nihil distinguerent, inter iuramentum & stipulationem, audiendi tamen sunt ita distinguendo, inter iuramentum de rebus præteritis, vel futuris, & hæc est veritas huius puncti.

Ratio autē supradictorū est, quia in aliis materiis idem est quod aliquid exprimatur, in specie, vel quod fiat relatiuè ad aliū, vt in *l. asse toto supra de hæredi. inst.* at in iuramento nisi verba iuramenti specificè proferātur, relatio nō sufficit, vt in *c. penultim. extra de iure iurand.* possit etiā distingui, inter cōtrauentionē affirmatiuā vel negatiuā, per factū vel nō factū, per priuationē vel appositionē, sed clarius intelliges p supradicta.

8 Opponitur vlterius, quod etiam si sint plures res nominatæ diuisim sit vnicus contractus, vt in *l. si duos supra de contrahen. emp. sol.* ex mente *Bar. in d. l. scire debemus*, quod prędicta in cōtractibus, in quibus non vtrimq; cadit obligatio, at in illis in quibus cadit secus est, quia licet plures res sint, ex vna parte pretium, quod est vnicum ex alia, ad quod habetur respectus, efficit, vt vnus contractus reputetur, item ex parte agentes ad res venditas potest singulas petere, qui emit separatim, sed qui vendit non potest petere partē pretij, quia vnicum fuit cōstitutū argumē. *l. & si vno de actio. empti.* Sed *Iaso.* dicit quod ille tex. est contra Bar. quia ibi dicitur ex empto, & vēdito, & ita æqualis est, & par. causa vtriusq; emptoris, & venditoris, sed non obstat tex. quia verū est quod de singulis, & empti, & vēditi, agi potest, nō vt partem pretij petere, vel offerre quis possit, sed totum pretium soluere debet, etiam qui vnam petit, & ego non video in quo secundum hoc tex. obstet, quia propter singulas agi ex empto, & vendito, & ad traditionem & ad euictionem, & ad omnia alia, vna etiam perempta potest, & hęc quādo vnico pretio res vēditæ sunt, si verò pro qualibet specialiter pretio constituto, contractus fiat, plures venditiones sunt, vt in *l. si plura, de adilitio edict.* in quo contrahentium intentio est attendenda, vt in *l. cum eiusdem eod. tit.* quod in quadrigis, & choro seruorum, & aliis quæ coniunctim non diuisim seruiunt clarum est, in aliis tamen rebus idem erit, si non aliter empturus, vel venditurus esset alter ex contrahentibus, vel simpliciter, vel illo pretio, finge me emere plures libros, in singulis eorum pretio constituto, sed fortè vel mercator non vendidisset eo pretio, nisi quia plures emo, vel forsan ego aliquorum pretium maius do, quia aliorum minoris quàm valent pretium constituitur, certè in hac specie partium intentione non plures, sed vna venditio cēsebitur, ideo omnium coacerbatio fieri debet, & ad remedium *l. 2. C. de rescindenda vendit.* & ad remedium tedibiriorus. vel quanto minoris, facit quę tradit *Decius consil. 42. 1 & 2. col. vide Iasonem in num. 12 in dicta l. scire debemus*; & ego interpretor mentem contrahentium, quando iustus est pretium; facta coacerbatione totius pretij, & rerum, quā esset, si diuisim consideraretur, & ita sit regula quod vbi facta coacerbatione excluditur, læsio semper fieri debeat, pro hoc tex. notand. in *l. si duorum supra de action. emption.* vbi eleganter postquam argumentatus est in contrarium, inquit *Paul.* Sed rectius est in omnibus suprascriptis lucrum cum damno compensari, licet loquatur ille tex. de rebus vnico pretio venditis, sed idē est, quia sicut ibi res diuisæ coacerbantur, vt fiat compensatio, ita & pretium eadem ratione poterit coacerbari.

Sed finge quod venditis simul rebus multis pretio diuiso, in aliquibus læditur vltra dimidiam, in aliis non est læsus, sed suo pretio sunt estimatę, an fiat coacerbatio, vt vitetur remedium dictæ legis 2. Nam hic casus multum distat à præcedenti, nam in præcedenti in vna re lębatur, in alia lucrabatur, in hoc quem nunc fingimus, in vna læditur vltra dimidiam, in alijs non læditur, sed non lucratur, & tamen potest esse quod simul omnibus coacerbatis, licet esset læsus, non tamen vltra dimidium iusti pretij, an ad hoc fiat coacerbatio vt in præcedenti? Respon. non fiet coacerbatio, nam tex. optimè dicit, quod lucrū cū damno cōpensatur, hic non ponimus lucrum, in aliqua re, sed non damnum; quod non sufficit vt fiat coacerbatio, argu. dict. l. quia coacerbatio fit æquitatis intuitu totius negotij, inspecta natura, sed quę æquitas est vbi nō datur lucrū? vt minus dānū cū maiori dāno cōiūgatur, vt excludatur remediū dict. l. 2. & pro hoc induco tex. notab. in *l. licet, C. loca.* vbi vbertas vnius anni cōpensatur, & obijcitur sterilitati alterius anni. Sed nō cōpēsatur annus sterilis, cū non sterili, sed cū vberrimo, quod est singulare, quia credo quod non reperies apud aliquē scribētiū, licet multa optimè cumulet vt solet *Tiraquel. in tract. de vtroq; retracta. in 1. par. in §. 23. in glo. 1. nu. ibi, cū multis sequēt. & à prin. glo. vsq; ad finē.* vbi latissimè, & quid quoad retractum simul pluribus vēditis quarū vna est eius naturę vt retrahi possit, sed circa hoc vide leges nostri tegni, & ad supradict. *l. Caius supra de vsur.* Hæc autē omnia quæ dicta sunt, de supplemēto vnius rei cū alia nō pcedūt in pēsionib' ecclesiasticis, nā si vnus ann' sterilis sit, ita vt pēsio nō debeatur, nō supplebitur ex alio āno fertili, nec si sint sup duob' beneficiis diuisæ, quorū alterū sit pingue, aliud macilentum,

macilentum, quia supradicta locum habent, quando vel vtilitas capitur ex re mea, vel quando est titulus onerosus, vel lucratiuus vtrinque, & res de se est potius fauorabilis quam odiosa, vt in *l. ex eo vino, infra de vino, tritico, & oleo legat.* At pensiones ecclesiasticæ, adeo sunt iuri communi exosæ, vt apparet ex *titulo. vt ecclesiast. benefic. sine diminut. conferantur*, vt eis sufficere debet, prætextis temporis malitia sua, absque eo quod ad alios annos extendatur, nam qui dicunt fauorabiles pensiones quod alimentorum causa respiciant, vel narretur alia publica vtilitas errant manifestè vt dixi. latè in lib. 1. har. interpr. in c. 12. in princip.

10 Quæro an pluribus rebus legatis vna res peti possit: respondeo vbi sunt plura legata dubium non est vt in priori parte. tex. vbi verò vnicum est videtur quod non possit, vt *in eod. l. neminem*, sed licet diuidi non possit, si tamen non opponatur, diuisim peti potest, vt in *l. cum quadam puella, in §. fi. sup. de iur. omni. iudi. & in l. cum debitor, infra rem ratam haber.* Potest tamen cogi vt totum accipiat, vel totum dimittat, vt *infra eod. d. l. neminem*, quia sicut creditor non compellitur recipere solutionem in parte, vt in *l. tutor in §. Lucius, supra de vsur.* & nota *supra si cert. pet. in l. quidam existimauerunt. &* diximus in istis selec. inter. cōtra *Alciat. in l. 2. in §. 1. de verborum obligationibus*, ita neque debitor compelli potest vt partem tantū soluat, vt in *l. celsus, in §. idem celsus, supra ad exiben. secundum Bal. ibi & Aret. in d. l. scire debemus in col. penul.*

SVMMARIVM.

Ex lege si ita legetur.

1 *Conditio si in capitolium non ascenderit si adijciatur hæredi, vel tertio quando accipiatur.*
2 *Error Pauli de Castro, & deffenditur communis opinio.*
3 *Error D. Petri Peralta.*
4 *Quando testator vetuit præstari cautionem Mucianam in cuius vtilitatem id factum videtur.*
5 *Post cautionem Mucianam si deficiat conditio adiecta hæredi an legata repetantur & nu. 61.*

PAulus. Si ita legetur hæres dare dānas esto si in capitolium non ascenderit vtile legatum est, quamuis in potestate eius sit ascendere, vel non ascendere.] Legitur ista lex tribus modis primo quod fuerit posita conditio in persona hæredis, vt lego Titio cētū, si hæres meus in capitoliū nō ascēderit, & hęc interpretatio est clara,
1 nā & hæres potest grauari sub signo tertiæ p̄sonæ, sed dubiū est hac cōditione adiecta si hæres meus in capitoliū nō ascēderit quādo cedat dies legati, vt purū esse dicatur, & *Bar.* dicit ꝙ vbi trāsierit tantū tēporis ꝙ hæres cōmodè ascēdere possit, & nō ascēdit, nā vt in negatiua conditione eleganter inquit *Paul. in l. si peculium in §. si ita quis infra de statu. liber.* non tā continuū tēpus exigēdū est, vt præcipitare cogatur hæres, vel ex peregrinatione celerius reuerti ad manumittēdū, vel administrationē rerū necessariarū intermittere, neq; rursus tā lōgū tēpus exigendū est, vt quandiu viuat protrahatur manumissio. Sed modicū scilicet, quo primum possit sine magno incōmodo suo hæres manumittere,] & ibi glo. alle. optimas alias leges, *Bar.* optimè *in 6. col.* qui dicit non esse ibi aliquid speciale in libertate, in *l. stipulatus, la grande infra de verbo. obligat.* denique in hac specie nisi hæres quāprimū petierit capitoliū ascēdat legatū debebitur, & est expressum in dict. l. *Bar.* ad hoc allegat *l. hæc conditio infra de conditio. & demonstra.* sed doctores dicūt quod illa lex hoc nō probat, quia loquitur in legatario, & in conditione affirmatiua, inquit enim *Iulianus*, hęc conditio si capitolium ascenderit, sic recipienda est, si cū primū potuerit capitoliū ascēderit.] Sed dicimus quod eius dictū est verū per tex. in *l. 1. in §. item si ita legatū infra ad l. falcid.* ibi, si in cōtinēti hęres pœnā soluerit,] & ibi, & ꝙ dixi in cōtinēti ita accipiēdū est cū aliquo spatio.

Sed *Paul. de Castro* dicit quod opinio Bar. est falsa, & vult quod legatū nō efficiatur purū, nisi quādo iā hæres ascēdere non possit, & ita vult quod nō intersit tertio vel heredi hæc cōditio si in capitoliū nō ascenderit, adiciatur, videamus an aliquid boni afferat. *Paul. de Castro?* ego non dubito Paulū de Castro manifestissimè errare, quia verissima est opinio Bar. qui licet doctores contradicunt, optimè induxit *l. hæc conditio*, quoniā eandē interpretationē recipiūt cōditio ascēdendi, affirmatiuè adiecta legatario, & negatiuè si non ascenderit adiecta hæredi, nam in vtraque specie ille, cuius potestati committitur ascensus debet ascendere, vt eius commodo dispositio cedat, deniq; cū in vtilitatē hæredis factum ascendendi affirmatiuum conferatur, debet quāprimū potest, id facere, sicut legatarius quando eius potestati in eius vtilitatem ascensus cōmittitur, in vtraq; enim specie testator in capitoliū ascendi in vtilitatē eius cui imposuit, voluit, eum in vtraque ascensione illos quibus conditionem imposuit vtilitate inuitauerit, denique conditio si hæres in capitolium non ascēderit, & conditio, si legatarius ascenderit, pares sunt. Sed quid in hoc cōmoramur, cū cōtra Paul. sit tex. expressus in *dic. §. item si ita*, cui non potest rectè respond. nam dicere ibi non fuit conditio simplex, sed legatū etiā, quia incepit testator à legato non est bona solutio, quoniā hanc respōsionem tollit tex. idē in *fi. in versi. idēque*, item est tex. expressius in *dicta l. si peculium*, neq; obstat tex. quē alleg. *Paul. de Castro* contra *Bart. in l. quicquid astringendi verbum, in §. fi. infra de verbor. obligation.* quia ibi expressè fuit terminus adiectus implendæ conditioni, in qua specie cum simus in claris non est penitus dubitandum, idque etiam expressum est in *dicta l. si peculiū in dict. §. si ita quis in fin.* vbi inquit tex. Quod si tempus adiectum fuerit, illud expectabitur, maximè quia leges, quæ in contractibus loquūtur, nō benè possunt contra Bar. allegari, quia in hac materia inter cōtractus, & vltimas voluntates notissima est differentia, vt in *dicta l. ita stipulatus, la magna, in §. finali infra de verborum obligationibus* ibi, vtilitatis

tis causa receptum est ob defuncti voluntatem, licet vt dixi, vbi dies est adiectus, idem est in vltima voluntate, vt in *dicta l. si peculium*, adeo in eo casu voluntas est manifesta, neque intelligo quomodo velit *Paul. de Castro* respondere his legibus, nam suæ responsiones solum respiciunt *dictam hac conditio.*

Secundo modo legitur iste tex. in conditione adiecta tertio, vt lego Caio, si Titius capitolium non ascenderit, & in hac specie expectandum est, vt Titius capitolium ascendere non possit, quod eius morte continget, neque erit locus cautioni Mucianę, cum in vita legatarij conditio possit impleri, puta si Titius ante legatariũ non ascenso Capitolio decedat, vt in *l. cum tali in §. 1. infra de conditioni. & demonst.* nisi coniunctus legatario Titius sit, cuius mortem expectare sit luctuosum, vt ibi secundum *Bart. hic*, sed melius probatur in principio illius legis secundum *Angel. de Perigl.* hic & bene, & ita non est idem effectus, si conditio adijciatur tertio, vel hęredi, ex mente omnium, licet non intelligã quid sibi circa hoc *D. Perusi.* velit, fateor enim
3 ignorantiam meam, ne ita supinè errasse in re tam manifesta dicam, neq; materia *l. 1. supra isto titul.* quam ipse allegat, facit ad huius legis propositum, quoad conditionis implendæ tempus de quo hic agimus, si recte conijcio, nam quod in voluntatem sub facto comprehensam, hæredis vel tertij possit fieri legatum, non pertinet ad Paul. de Castro opinionem, de qua ipse tractat, & nos in priori huius legis intellectu.

Tertio modo legitur hęc l. vt conditio fuerit adiecta legatario, vt Titio si capitolium non ascenderit lego centum, nam intelligitur cum negatiua sit perpetuo, & locus erit cautioni Mucianæ qua præstita si ascenderit rem cum fructibus restituet, & de hac cautione loquitur *lex Muciana infra de conditionib. & demonstratio.* quæ loquitur in hac specie.

Sed opponitur, quod conditio illa si in capitolium non ascenderit, adiecta legatario impleatur statim quod potuit ascendere, & non ascendit, vt in *l. libertas in §. 1. infra de manumiss. testament.* quæ est singularis, sed de ea non tracto, quia eam optimè & eleganter more suo explicat, *Acosta lib. 2. selectarum interpret. in c. 5. per totum*, & puto quod illa interpretatio sumatur fauore testamenti, & libertatis simul, & quod in libertate cautio Mucia. locum non habet, quia libertas semel data non potest retractari, vt in *§. semel autem instit. quib. ex caus. manumitte. non lic.* & de cautione Muciana vid. per eund. in c. 6. post *Socin. & alios in dicta l. Mucia.*

4 Quod vero attinet ad id quod *idem Acosta* tractat, quando testator prohibuit expresse, vt cautio Muciana, præstetur, vtrum id in vtilitatem, hæredis cedat, vel legatarii, ego puto verborũ vim quibus hoc præcepit, esse inspiciẽdam, si enim dixit se remittere cautionis onus, vel cautionis vtilitatem prohibere, euidens est voluntas, vt priori specie legatario, posteriori hęredi prospexisse videatur, vt mors legatarii expectãda sit, in dubio autem commodo hæredis hoc adiecisse videtur, cuius causa & cõditio ipsa est imposita, vt *de regul. iur. in l. cum tempus in testamento.* quod puto verum vt ad ius cõmune redire videatur & verborũ significatio, quę in conditione negatiua cõtinetur obseruetur, quę est vt mors omnino expectetur, quod ex interpretatione, quę in cõtractibus fit in quibus cautio Muciana cessat intelligi potest.

Sed pro legatario facit quia in vltimis volũtatibus hęc interpreta. est admissa vt cũ cautione legatũ presenti die debeatur, cautione vero exclusa, nõ videtur excludi vtilitas, quæ sub cautione continetur, argumẽtum *supra de cõditioni. instit. in l. quæ sub conditione*, sed ibi verba sũt clara, quia ibi remissũ est iuramentũ, ergo in vtilitatẽ illius rei remittitur, nã idẽ diximus, si remittere tertio cautio, quęstio vero nostra non est quãdo remittitur, sed quãdo prohibetur, quod dubiã significationem habet, sicut & de prohibitione conficiẽdi inuentarij etiã dubitari potest quod operetur an contra hæredẽ, vt teneatur in solidum, vel pro eo sit hæc prohibitio interpretanda dic, vt dicemus in *l. fi. C. de iure deliberan.* cogita in hæc quæstione.

In qua etiã notandum est, quod nõ vertitur 5
in controuersiã, an sublata cautione, id quod sub ea comprehendebatur, debeat obseruari, ita vt locus non sit repetitioni, si cõditioni non obtẽperetur, in hoc enim nulla est dubitatio, cũ enim qui imposuit conditionẽ, illã obseruari voluisset, dubium non est neque ex eo quod cautionem prohibuit, conditionem abstulisse videtur, quia hoc nihil cõmune habeat, neque interpretatio admittenda est, quia eius iudiciũ subuertatur, *vt infra de condi. & demonstrati. in l. non idea*. Denique quæstio supra dicta, facti potius est quàm iuris, vt nostri iuriscõsulti dicunt, quos nos retulimus in istis selectis interpretationib. in lib. 2. in c. 13. in num. 3. 4. & latius in lib. 3. in c. 10. in fin. ideo ad iudices reijcienda, qui id quod probatum fuerit de hac re sequentur.

Sed vt cautionis Mucianæ difficiliora expli- 6
cemus. finge hæredem sub conditione, si capitolium non ascenderit, institutum data cautione Mucianæ adiuisse, legataque exoluisse, postea que conditioni non obtemperasse quod capitolium ascenderit, vtrum à legatarijs repeti possint legata, quasi destituto testamẽto, quod hæres defectus fuerit cõditione Acost. in dicto loco hoc disputat, & refert aliquos, & ibi multa bona ponit in hac materia cautionis Mucianæ, sed mihi videtur omnino locũ fore repetitioni, & videtur expressum in *l. 1. in §. si parendi supra de cõdictiõ. caus. dat* optimus tex. in *l. 2. infra de exceptiõ. rei iudic. & in l. quia in hærede de actiõ. & obligationi.* nã resoluto iure hæredis omnia resoluuntur, vt in *l. lex vectigali. supra de pignorib.* iunct. *l. si nemo. de regul. iur.* Nõ enim testator voluit aliter legata deberi, quã cõditione impleta. quę non perfectẽ

perfectè, & irreuocabiliter impleta videtur, per cautionem, optimus tex. in *l. facta in §. sub conditione, infra ad senatusconsultum Trebellia.* cuius verba retulimus *supra in l. 1.* neque malè facit hęres, qui postea conditionem non adimplet, quia hæc liberæ voluntatis sunt, neque pręscribi ei debet id quod neque lex neque testator imposuit, neque dici potest cur ita facis, cùm rei suæ sit moderator & arbiter, vt *infra ad senatuscon. tit. Trebel in l. quia poterat*, vi. quæ diximus supra lib. 7. harum interpretat. c. 4. Denique cautione commissa ea res ad eum statum redigi debet, ac si præstita non esset, vt in l. cum sub hac infra de conditionib. & demonstrationib. & in fortioribus terminis contingit, vt *in l. 2. in §. sed si quis suspectam, infra de separatio. bono. &* placet mihi Acostæ opinio dicentis hæredem, qui data cautione Mutiana adit, & à legatariis exigere cautionem posse, vt restituant legata, si ipse conditione fuerit defectus, neque possunt prætendere, non licere illi hoc damnum inferre, cum hęc vt dixi, liberę sint voluntatis, & sibi ipsi etiam simile damnum, & maius fortè sit illaturus, quæ omnia sunt valde notanda, nam licet hæc species infrequens est, nihil tamen est in iure adeo insolitum, quin eius disquisitio possit vtilitatem afferre, vel eo vel simili casu, vel directò, vel in argumentum, ideoque sapientissimi iurisconsulti, & doctores nostri antiqui in his subtilitatibus se exercuerunt, nam neque sine his quinque constitui potest, quod facilè non subuertatur.

Vltimo quoad verba ista damnas esto, quam interpretationem recipiant, vi. *Alciat. lib. 3 parerg. c. 1.* qui dicit capi pro damnatus esto, & *Erytraeus* hoc declarat *super Virgilium, verbo damnabis*, & *Fabius* vtitur hac locutione, *in lib. Septimo.*

SVMMARIVM.

Ex L. neminem & L. Grege.

1 *Quando in persona hæredum legatarij diuidatur legatum.*
2 *Vtrum inter hæredes legatarij sit locus iuris accrescendi.*
3 *Quid si sit adiecta conditio, vtrum diuidatur legatum in persona hæredum.*
4 *Quid si sit incapax pro parte.*
5 *Quid si vnus sit plurium legatariorum hæres.*
6 *Vtrum donatio diuidi possit, vel pro parte acceptari.*
7 *Ius retractus vtrum inter hæredes diuidatur.*
8 *Vtrum vnus hæredum possit retractum impedire.*

PAulus. L. Neminem eiusdem rei legatæ sibi partem velle, & partē nolle verius est, idem Paul. grege autem legato non potest quędam sperni, quędam vindicari, quia non plura, sed vnum legatum est. Idemque dicemus peculio legato, aut veste, aut argento, & similibus.] Ratio est quia non potest voluntas testatoris pro parte respui, & pro parte approbari, vt in *l. vni, in §. his ita. C. de caduc. tollend* fac. *supra, de acquir. hered. in l. 1.* Sed opponitur, quod possit legatum pro parte repudiari, vt *in l. si legatarius supra tit. proximo* Solu. illud in hæredibus legatarii, quia 1
si sint plures, potest vnus velle partem suam legati, & alius repudiare.

Sed opponitur quod in persona hæredum obligationis conditio, vel natura non debeat mutari, vt *infra de verbor. obligat in l. 2. in §. ex his, & C. de fruct. & lit. expens. in l. 2.* Solu. verum est, quod ex persona hæredum, non mutatur obligatio. vt in diuersis rebus solutio contingat, sed diuiditur vt plures obligationes censeantur cessante hoc incommodo, cum per l. 12 tabularum diuidantur iura, & actiones ipso iure actiuè, & passiuè, & ideo non quilibet hæredum aget in solidum, neque conuenietur, & ita diuiditur obligatio, quæ in defuncto erat vnica, & in hoc possunt hęredes quod defunctus non posset, item non potest in aliquo vnus hæres pro parte quod defunctus posset, sed omnes simul.

Sed quæritur vtrum inter hæredes legatarii, 2
sit locus iuri accrescendi, si alter repudiet legatum, & *Bartol. in l. re coniuncti, in col. antepenul. versi. 5.* dicit, quod non quod hic sequuntur *Angel. de Perusi. & Paul. de Castro*, quia soluti sunt coniuncti per legem, ideo inter eos non est locus iuri accrescendi, vt *infra eod. in l. & Proculo*, secundum doctores in *dicta l. legatarius.* Sed hęc opinio non probatur *in dicta l. & Proculo*, nam in ea à principio erat diuisum legatum, quia erant plures domini, hic vero à principio erat vna sola persona, cui debebatur, ideo hic per l. magis disiunctio inducitur vnius legati, quàm coniunctio, & ita videtur facilius consolidari posse, quod ab initio vnum fuit, vt ad suam originem reducatur & istam dissimilitudinem, videtur probare text. in *l. cui fundus, infra de conditionib. & demonstrationi.* in hac enim quęstione (inquit *Iabolenus*) statim à testamento diuisa quoque in singulas personas videri potest,] & facit quod dicitur in *versi. in eo vero*, neque opinioni huic obstabit tex *in dicta l. legatarius* quæ vult altero repudiante, alterum partem suam habere posse, quasi non totum habeat, & ita esset ius accrescendi, quia id etiam erit verum, etiam si locus sit iuri accrescendi, cum possit partem accrescentem respuere, vt hic not. *glo. per tex in §. vbi autem in l. vni. C. de caduc. tollen.* Sed adhuc defendi potest opinio doctorum argumen. *dicta l. & Proculo.* licet illius tex. sit, quædam subtilitas, cum nulla maior possit esse coniunctio, quam illo quæ vnico verbo in vnica re fit à testatore, & potius ibi à lege sit quædam disiunctio illius coniunctionis, quam testator fecerat, & tamen Celso & Proculianis aliis ita placuit, quorum sententiam, quia expressa est, sequi debemus, alioqui contrarium securè assereremus, cum extet Scæuolæ sententia existimantis id, quod vni ex dominis quæri non potest, alij in solidum acquiri, in *l. si alicuius seruus, de stipulation. seruo*, ibi, cæterum si alij non acquiratur alium solidum habiturum, neque

dicitur

dicitur vmquam quæsitum isti, qui postea repudiauit, sed dic, vt *infra eod. l. si Titio*, & ei qui capere non potest, vt à Proculo non dissentiamus.

3 Sed opponitur quod etiam in persona hæredum non possit fieri legati diuisio, vt in *dict. l. cui fundus infra de condit. & demonstrationib. in fine*. Solut. ibi ratione conditionis inducitur, quæ sua natura indiuidua est, ideo neque in persona hæredum diuidi potest, vt in *dict. §. ex his*. sed opponitur *d. eadem l. cui fundus in principio*. Solut. ibi à principio fuit facta diuidua, quia fuit adiecta duobus, & facit text. notab. *eodem titul. in l. qui haredi, in §. si duorum*, vbi inquit *Paulus*. Si duorum seruo legatum sit sub conditione dandi, non posse per partes conditioni pareri quidam aiunt, sed semel dandam pecuniam. Sed ego contra puto.] Sed contra *eodem titul. leg. qui duobus*, vbi inquit *Iulianus*, Qui duobus hæredibus decem dare iussus est & fundum sibi habere, verius est vt conditionem scindere non possit, ne etiam legatum scindatur. igitur quamuis alteri quinque dederit, nullam partem fundi vindicabit, nisi alteri quoque adeunti hereditatem reliqua quinque numerauerit, aut illo omittente hæreditatem ei, qui solus adiuerit hæreditatem tota decem dederit.] Sed iste text. loquitur de illis, in quorum persona conditio debet impleri, supradicta vero de his qui implere debent conditionem, quod nota, & vide *l. vxori, in §. agri plagam infra de lega. 3.*

4 Hæc autem quæ diximus de non diuidendo vnico legato neque conditione, fallit vbi legatarius non in votum, sed in parte legati capax est, quia tunc omnino diuidi possunt. texr. singular. in *leg. ei qui non amplius, infra de donat. caus. mort.* vbi inquit *Iulianus*, Ei qui non amplius parte capere poterat, legatus est fundus: si decem dedisset hæredi, non totam summam dare debet, vt partem fundi haberet, sed partem dumtaxat pro rata qua legatum consequitur.] Et idem te pro parte vsucapta, vt voluit *Paulus in dicta leg. qui haredi in §. si pars*, Si pars (inquit) rei legatæ vsucapta sit, an in solidum parendum sit dubito, & potest dici pro parte parendum, ex sententia testatoris.]

5 Sed quæro quid si duobus res legetur, qui duo eumdem instituunt hæredem, an possit partem ex persona vnius repudiare, partem accipere ex persona alterius, quod non videtur. sicut è contrario si de vno peruenitur ad duos mutatur conditio ex persona hæredum, ita videtur quando de pluribus deuenitur ad vnum, vt vnius persona iudicetur, & vnicum legatum videatur: sed contrarium est verius. cum tamen hæres duorum personam repræsentet, neque per legem fit confusio, sicut in casu contrario fit diuisio per legem. & ad hoc est textus in *leg. generaliter in fine, infra de fideiussoribus*. facit *infra de conditionibus & demonstrationibus. in leg. qui duobus, & in leg. si duobus seruis meis, infra isto titul.*

Franc. Sarmient.

Legatarius ergo vt hic dicitur, partem legati accipere, partem repudiare non potest, sed accipiendo partem totum videtur acceptare, vt *infra eodem in leg. si cui res.* sed ex hæredibus legatarij potest vnus acceptare, & vnus repudiare, nisi condirio sit adiecta, & distingue, vt per Bartol. & Doctores, quando deuenitur ad plures, aut ratione legati, aut conditionis, & tunc aut est capax in totum, aut tantum, in parte, vt supra diximus.

6 Sed quæro sicut legari fieri diuisio non potest, ita de donatione dicendum sit? finge quod aliquis numerauit mihi mille aureos, vt donatos acciperem, ego solum accepi centum, vtrum in eis valeat donatio, an vero possim & alios petere quasi per acceptationem partis totum videatur acceptasse, vt in *dicta lege si cui res, in hac quæstione, Bartol. in l. 1. in fine, supra de acquirend. hæreditate.* existimat in sola pecunia accepta perfici donationem. argument. *infra de verbor. obligationibus in lege* 1. *in §. si stipulanti.* neque obstat quod hic dicitur de legato, quia legatum sola voluntate testatoris perfectum est, ideo diuidi non potest, at donatio ante acceptationem perfecta non est, sed acceptatione perficitur in quantitatibus in ea parte, quæ acceptatur, vt in *dicto §. si stipulanti*, quod *Aretinus in dicta l. 1. in columna penultima* probat, quia sequi complacentia videtur, quæ in vltimis voluntatibus cadere non potest, regulariter, vt *infra isto titul. in leg. cum pater, in §. surdo, & muto,* quod de complacentia licet *Iason* sequi videatur, placere non potest, alioquin idem esset si caderet diuersitas in qualitate vel in substantia, vt in *dicta leg. prima de verbor. obligatio. in §. si quis simpliciter, in versicul. cum adijcitur.* & tamen in quantitatibus, est aliquid singulare, quia in maiori summa minor inest, ergo id contigit etiam sine complacentia, vt dixi alias, circa *dictum §. si stipulanti*, in istis selectis interpretationibus: sed vera ratio est quam Bartol. ponit, & apparet aliud esse in vltimis voluntatibus, quando autem possit quis partem hæreditatis repudiare, dic vt in *dicta l. 1. & in lege quidam elogio. C. de iure deliberandi.* vbi dicemus.

7 Sed quæro vtrum sicut legatum quod diuidi à legatario non poterit, inter hæredes legatarij diuiditur, ita ius retrahendi rem venditam ex pacto de retrouendendo, quod diuiduum in persona defuncti non erat, inter hæredes diuidatur. Finge rem à te venditam, quam tu ex pacto de retrouendēdo retrahere pecunia oblata potes, si totam velis, non si partem, vt hic, vtrum hæredum tuorum vnus posset partem petere, vt in legato in *dicta leg. legatarius*, & non dubium est pro parte peti non posse, iuste enim emptor obijciet se partem empturum non fuisse, vt in *lege si quis aliam rem, infra de solutionibus.* neque

enim aliquis inuitus incidere in cõmunionem si non ita contraxit, compellitur, vt in *leg. si non sortem, in §. si centum supra de condicti. indebit.* neque obstat *dict. l. legatarius.* quæ loquitur quando altera pars titulo lucratiuo dimittitur, neque enim poterit iuste causari hæres, qui ambobus hæredibus acceptantibus nihil habiturus foret, quod altero tantum adeunte incidat in communionem, quod in retractu rei emptę est diuersum, cum non totum pretium, sed pars parte retracta veniret soluenda, ideo nihil ex communione lucratur, & ideo ad contractum onerosum melius applicatur *dicta l. cui fundus in vltima parte*, quatenus de conditione loquitur, ideo si alter hæredum partem petens totum pretium offerat emptori, retractum recusare non possit, ex eo quod non tota, sed pars petatur, cum alia pars pretij suo lucro cedat, & iam titulus lucratiuus efficiatur, quod contingere posset sæpe, vel quod res viliori esset vendita, vel daretur affectio magna retrahere volentis. & ad hoc videntur facere verba text. in *dict. l. cui fundus in principio*, & est expressum in *l. si ita fuerit infra de manumiss. testamen.* vbi inquit *Vlpianus*, si ita fuerit seruis duobus libertas data, si insulam ædificauerint, vel si statuã posuerint, diuidi hæc conditio non poterit, solummodo illud habebit dubitationem, an altero faciente satisfactum voluntati videatur: ideoque ad libertatem perueniat, quod magis est, nisi aliud expressit testator.] Et ita implementum plenum vnius quod ad id ad quod plures tenebantur sibi prodest, etiam si alius nolit implere, & hoc verum puto cum Fulgos. quem

Contra Tiraq. immerito reprobat *Tiraquel. in tractat. de vtroque retract. in 2. parte in §. 1. in gloss. 6. in numer. 34.* nam vera est opinio Fulgos. & videtur text. in *leg. quod si nolit, in §. idem Marcellus*, ibi, quoad emptor satisfaciat.] *de adilit. edict.* & videtur expressum in *leg. quod si vno in fin. supra de in diem addict.* & est æquissima opinio, licet *Tiraquell.* eam iniquissimam appellet quod si non offerat

8 totum pretium se impediunt. vt in *dicta l. quod si nolit in §. si plures de adilit. edict.* & facit text. in *l. quoties sup. de vsufruct. & in leg. si quis hac lege in §. quoties, infra, qui & à quibus.*

Sed videtur quod totam rem petere possit, totum pretium offerendo, & tunc cessat incõueniens communionis, ideo melius videtur totam, quam partem petere, si cohæres petere nolit, sed fieri hoc non potest, quia pro parte

Contra Soc. & Tiraq. sine actione experiretur, quia lex 12. tabular. ipso iure actiones diuisit, vide *Tiraquel. vbi supra n. 37.* qui allegat *Socin.* hoc disputantem, & tenentem, *cons. 16. lib. 4. & in l. 1. in §. sed & quoties, infra ad Trebellian.* sed falsa est eius opinio.

Item dubia videtur opinio *Tiraquel. vbi supra in num. 32.* qui tenet posse vnum hæredem cogere alium vt redimat, vel ius cedat, vt in *l. hu consequenter, in §. Celsus & in l. haeredes in §. idem sup. famili. hercisciund.* nam ille text. loquitur vbi præcedit obligatio defuncti, quæ transit in vtrumque hæredem, ideo potest compelli cohæres ne pœna committatur, & vt pignus, etiam soluto debito luatur, at in iure retrahendi nulla obligatio est passiua, sed liberum & voluntariũ est, ad quod neminẽ cogi debere, nec posse videtur, ad id quod interest. Sed defendi videtur opinio Tiraquelli ex text. in *§. si incerto, dicta legis Haeredes*, quem vide. Posset tamen dici, vt loquatur in acquisitione ex titulo lucratiuo, non ex oneroso, nisi defuncti iudicio id ius competeret, vt est in retractu conuentionali, cogita.

SVMMARIVM.

1. *Si soluere vellet onus, non habet locum hac l.*
2. *Reprobatur Bart. opinio in inductione istius legis.*

IDem. l. Sed duobus legatis relictis, vnũ quidem repudiare, alterum vero amplecti posse, responderetur: sed si vnum ex legatis onus habet, & hoc repellatur, non idem dicendum est: pone eum cui decem & Stichus legatus est, rogatum seruum manumittere, si falcidia locũ habet, ex decem vtriusque legati, quarta deducetur. igitur repudiato seruo non euitabitur onus deductionis, sed legatarius ex pecunia duas quartas relinquet.]

De ista lege vide quæ diximus *supra eod. in l. quoties.* vbi omnino & nota, quod vbi sunt duo legata quorum alterum habet onus, alterum vero non habet, nõ licet respuere id quod habet onus, & acceptare aliud sine onere, imo ex eo onus vtriusque solui debet, & ita ex accidenti ex duobus legatis, alterum tãtum quis respuere non potest, ideo si paratus esset onus, soluere non dubito, quin iure communi vti, vnumque omnino repudiare posset. argum. *supra de condict. caus. dat. in l. si pecuniam in fin. princip.* vbi si contractus amittat suam naturam propter damnum quod alicui inferatur, si soluere sit paratus id quod interest, vti poterit iure communi, & contractus redit ad suam naturam. fac. nota. in l. *qui Romæ in princip. inf. de verb. oblig.* quod hæc lex sentire videtur, ibi, Non euitabit onus deductionis.] 1

Vltimo nota quod *Bart. in l. præcedenti.* induxit legem istam ad quęstionem, Quidã fuit 2 datus executor in testamento, & sibi est legatũ relictum, propter quod legatum satisdare tenetur, quia executor qui sentit commodum satisdare tenetur: vult dimittere legatum, & esse executor, vt non satisdet. Bart. dicit, quod non auditur. Sed nihilominus tenetur satisdare, sed hæc opinio Bart. & eius inductio placere non potest, imo loquitur contra text. quia si hic vellet repudiare legatum pecunię, & non serui, audiretur. item in quæstione Bartol. nullum lucrum acceptat, sed onus nudum, ideo nullo modo ei aliud onus debet adiungi, *C. de fideicommiss. in leg. Labeo.* verum si suspectus ex hoc esse inciperet, posset ei executio interdici,

vt

vt in *leg. vtilitatem,* & in *l. in confirmando de confirman. tutor.* quæ augeri videtur, si testator legatum paruum forte relinquit, vt satisdare teneretur, sed vt dixi remota fraudis suspicione Barr. opinio vera non est.

SVMMARIVM
ex l. Si Titio, & ei.

1. *Ponuntur in exempla huius legis.*
2. *Quando faciat partem qui non admittitur ad legatum.*
3. *Intellect. l. fin. in §. Scio. infra isto titulo.*
4. *In quantitatibus an habeat locum ius accrescendi.*

IDem *Paulus. l.* Si Titio & ei, qui capere non potest, decem legata sint, quia duobus hæres dare damnatur, & vnus capere non potest, quinque sola Titio dantur.]

Opponitur quod ille, qui non admittitur ad partem, non faciat partem, vt in legibus allegatis in gloss. Sol. *Bart.* ponit resolutionem in *l. huiusmod. in §. Si Titio supra titul. proxim.* vbi late explicat, sed breuius & clarius dicere potest, quod ius accrescendi ita demum locum habet, si portio socio vel coniuncto data deficiat omni iure, non aliàs vt hic, & notat glos. in *l. si duo patroni, supra de iureiurand.* & facit text. in *l. plane in §. si coniunctim, supra tit. proximo.*

Sed opponitur, quod hic deficiat omni iure, quia incapax est. Sol. licet sibi incapax hic fuerit, capit tamen in fisci vtilitatem, ideo cum alij acquirat, portio non vacat, sicut in substitutione dicimus, quæ cessat siue sibi, siue alteri quærat, vt in *l. 3. C. de hæredi. instituend.* nam ius accrescendi ex tacita substitutione
1 defertur, vt *infra isto tit. in l. si Titio & Mæuio, & in §. Iulianus,* & pone exemplum huic legi vt per *Ioan. de Imol.*

Et nota quod antiqui fingunt exemplum vbi legatur Titio & filio spurio, vel incestuoso, sed hoc reprobat *Ioan de Imol.* quia si palam relinquatur non valet, nec fisco acquiritur, vt in *l. 3. infr. de iure fisc.* sed potest defendi, si ad traditionem deuentum esset ex mente *Bart. in l. quod condition. in fin. infra de donation. causa mort.* sed hoc non posset hæres in præiudicium legatarij, cui est ius quæsitum, quia alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri, vt in *reg. iuris,* nisi legatarius Titius traditioni consensisset.

Item posset concipi legatum Titio, & ei, cui scit me velle hæres dare, relinquo domum, isque incapax foret. vide etiam *Bart. & Ioann de Imol.* & ex his respondetur etiam ad *dict. §. si coniun-*
2 *ctim.* quia ibi portio non deficit omni iure, cum saltem ius naturale, siue naturalis æquitas non deficiat, vt in *l. fin. in § illo videlicet, C. de necessar. seru. hæredi. instituend.* Sed opponitur quod illa æquitas sit iure nouo introducta, & non cognita tempore digest. ergo non potuit *Vlpian.* habere eius rationem in *d. §. si coniunctim.* Sol. expressa fuit illa æquitas iure C. sed cognita etiam digestorum tempore, vt in *leg. si id quod dominus,* supra de conditio. indebit. secundum *Angel. de Perig. in d. §. si coniunctim.*

Sed opponitur si Titio, & ipsi hæredi legetur, hæres non facit partem coniuncto, vt in *eadem l. plane in §. si duobus,* & in *l. legatum, in §. hæredi.* ergo idem erit si seruo hæreditario legetur ex regula text. *sup. tit. proxim. in l. si mihi, & tibi, in §. regula.* Sol. ista consequentia reprobatur in *leg. debitor, in §. seruo alieno, infra isto titul.* item mihi ipsi nullo iure debere possum, seruo autem naturaliter possum, ideo non omni iure deficit in persona serui, nec textus §. *regula* obstat, quia loquitur de capacitate ciuili, non autem loquitur de capacitate naturali, vt latius diximus in interpretat. *l. Gallus in principio.*

Sed opponitur quod hæres faciat partem legatario, si vtrimque legetur, vt *infra isto titul. in l. fin. in §. Scio.* Sol. secundum gloss. & *Bart. ibi* non negatur portionem hæredis Marcellæ accrescere, sed solum de dimidia, text. loquitur, quia erat dubium an conditio esset repetita, & ita nihil deberetur, concessa tamen sua portione, secum trahitur alia dimidia: sed hic intellectus non placet, ideo melius est ibi cessare ius accrescendi, ex mente defuncti ne plus à marito Marcellæ vxori quam ab extero legatum videatur, vel aliter quod ibi fuit legata quantitas in qua iure retentionis potest hæres sibi consulere, ideo impeditur ius accrescendi ex his, quæ ponit *Bart. in dict. leg. huiusmodi in §. si Titio, supra allega. colum.* 1. per illum text. nam ibi dominus rei facit partem socio, licet legatum in sua parte non valeat, quia retinere potest, sed hæc solutio non placet, quia in *dicto §. Scio.* in illa specie non est legatum aliquid hæredi, cum deficiat conditio legati, ideo non potest dici retinere sibi legatum, quod sibi legatum non fit, cum fuerit hæres, licet *Ripa nu. 55. in l. re coniuncti,* placeat dicta solutio. ideo tene vel solutionem Bart. vel illam, quam dedimus de tacita mente defuncti, quæ ex eo colligitur, quod licet non sit collegatarius Seius maritus vxori quando est hæres, habet tamen eamdem vtilitatem existens hæres quam haberet cum esset legatarius in re legata.

Sed opponitur quod vbi seruo proprio, & alteri legatur, sit locus iuri accrescendi contra *d. §. si coniunctim,* quia de hoc est text. in *l. Plautius infra ad l. falcid.* & facit text. *supra pro socio in l. verum, in §. fin.* vbi seruus proprius testatoris non facit partem, neque impedit ius accrescendi. Sol. ibi loquitur in coniunctione legali, de qua non loquitur *dictus §. si coniunctim.* sed opponitur, quod multo magis ea debet impedire ius accrescendi, quam inducere, vt *infra isto titulo, in lege & Proculo placebat.* Sol. verum est vbi in persona socij constitit à principio legatum, quia tunc coniunctio legalis non efficit ius accrescendi, imo impedit; sed in *dict. l. Plautius* ab initio non constitit legatum in persona socij, ideo alii socio in totum. quæritur

ritur magis domini cauſa, quam iuris accreſcendi: nam & in contractibus lucratiuis, in quibus non eſt locus iuri accreſcendi hoc conſtituitur, *infra de ſtipulatione ſeruorum. in lege item ſi ſeruus*, vide quæ diximus *ſupra eod. l. neminem.*

Vltimo nota quod aliqui ex recentioribus
4 in *l. re coniunctis, infra de lega. 3. Polit. ſ. in num. 49.* intelligunt iſtum text. quod hic non ſit locus iuri accreſcendi, quia loquitur in legato quantitatis, & quod in quantitatibus non ſit locus iuri accreſcendi. quod ſi verum eſſet proficeret ad intellectum *dict. l. fin. in §. Scio infra eodem.* quia tunc iure communi non eſſet locus ibi iuri accreſcendi, neque id in hærede coniuncto ſolum eſſet verum, ſed de hoc alibi dicemus in *d. l. re coniuncti.* quia *Polit.* manifeſtiſſime errat, & contr. tex in *l. qui quartam in §. fin. ſup. tit. proxi.* vide quæ diximus, in *d. l. alias leges.* quæ pertinēt ad materiam noſtri text. declar. vt per *Bart. in d. l. huiuſmodi.* & latius, in *d. l. re coniunctis.*

SVMMARIVM

ex l. Si quis ſeruum.

1. *In hac l. quatuor tempora debent conſiderari.*
2. *De intellect. l. cum res ſupra de legat. 1.*
3. *De intellectu l. ſi ſeruus legatus.*
4. *Culpa hæredis quando conſideratur. & numer. 6. & 7*
5. *Impediens aliquem ingredi religionem an ad reſtituendum teneatur.*
6. *Procurans vt quis mutet teſtamentum an peccet.*

IDem *Paulus.* Si quis ſeruum hæredis vel alienum legauerit, & is fugerit, cautiones interponendæ ſunt de reducendo eo, ſed ſi quidem viuo teſtatore fugerit, expenſis legatarij reducitur, ſi poſt mortem, ſumptibus hæredis.] Pro declaratione iſtius legis nota quod qua-
1 tuor tempora poſſunt conſiderari ſecund. *Bal. in l. cum ſeruus ſup. titul. proxim. poſt gloſſ.* ibi: primū eſt quando ſeruus erat in fuga tempore quo fit teſtamentum, tunc hæredis opera, & ſumptu reduci debet, vt ibi: ſed opponitur ſecundum Bart. quod eius reductio non ad hæredem, ſed legatarium pertineat, quia ibi videtur res lega-
2 ta vbi eſt tempore teſtamenti, vt *in eod. titul. in l. cum res, & in l. ſi ſeruus.* & nota *ſupra de iudi. in leg. quod legatur.* & text. *hic in 2. par. Bartol.* diſtinguit, aut res eſt in loco valde remoto & debet expēſis hæredis reduci, aut in propinquo, & tunc expenſis legatarij, ſed ego puto quod aliter debemus dicere & reſpondere, vt illæ leges intelligantur, quando res legata eſt in alio loco volente teſtatore, vt tunc ibi ſolui debeat, vt in d. legib. vbi vero inuito eo eſt in alio loco, vt in ſeruo qui eſt in fuga, & tunc expenſis hæredis reduci debeat, neque diſtinguo ſi ſit res in proximo vel longinquo, quia *d. l. cum res* nō diſtinguit. ratio eſt, quia vbi voluntate ſua eſt, in eo loco videtur voluiſſe, vt ibi ſolueretur, vt in *l. huiuſmodi, in §. legatum, ſupra tit. proxim.* facit in ſimili text. in *l. cum ita, in princ. infra iſto tit. & in d. l. cum res.* ibi, Primum quidem conſtat, ibi eſſe præſtandam vbi relicta eſt.]

Sed hoc videtur deſtruere text in *d. l. ſi ſeruus* 3
legatus. vbi inquit *Africanus.* Si ſeruus legatus viuo teſtatore fugiſſe dicatur, & impenſa & periculo eius, cui legatus ſit reddi debet, quoniā rem legatam eo loco præſtare hæres debeat, in quo à teſtatore ſit relicta.] Ecce quod loquitur in re quæ inuito teſtatore eſt abſens, loquitur enim in ſeruo fugitiuo, & tamen impenſa legatarij eſt reducendus, ſed ad illum text. reſpondeo, quod loquitur quando ſeruus fugit, poſt teſtamentum: nam ex verbis apparet, quod iam erat legatus cum fugit, ideo non pertinet ad hoc primum tempus, ſed ad ſecundum, de quo ſtatim dicemus. ſed in hoc primo tempore ſupradicta intelligere debes, quando teſtator ſciebat fugiſſe ſeruum quādo legauit, alioquin ſi ignorabat dicendum eſt ac ſi poſt legatum fugiſſet, vt in ſequenti artic. dicemus, cum non differt ab illo, & ita teneo opinionem Bal. Paul. & Alexand. in *d. l. cum ſeruus.*

Secundū eſt tempus quando ſeruus iam legatus fugit, & ita iam condito teſtamento, vel ante eo ignorante; tunc cum non videatur plus grauare hæredem teſtator quā ex mente & verbis teſtamenti apparet, ſuperueniens damnum legatario, non hæredi nocebit, vt in *d. l. ſi ſeruus legatus, in principio.* præſtabit tamen hæres operam vt reducatur ſeruus, ſed ſumptibus legatarij. ſecundum gloſſ. & Bart.

Sed nonne ratio illius text. in *dict. l. ſi ſeruus legatus* eſt contraria opinioni vel ſententiæ Africani ibi poſitę; quia ſi debet res pręſtari vbi à teſtatore eſt relicta, ergo hæredis impenſa ad locum eſt reducenda, ſed ſeruus tempore legati erat domi, & non in fuga, ergo ratio oppoſitum infert. Reſpondeo, licet obſcurè Africa. loquatur, tamen ita voluit inferre, ipſe hæres debet tradere vbi relinquit teſtator, ergo ſi ſine culpa ſua ibi non ſit, ab ea obligatione liberatur, ſicut re perempta liberaretur, neque rem quærere tenetur, ideo euinci videtur, quod ſua impenſa perquirere non teneatur, quia eſſet obligare eum alibi ſoluere, quam ibi teſtator voluit.

Sed oppo. quod ſemper impenſa reducendi ſeruum pertineat ad hæredem, nam ſumptus neceſſarij ad rem ſoluendam ad debitorē pertinent, quem difficultas ſolutionis nō excuſat, vt in *l. continuus actus in §. illud per tot. §. inf. de verb. oblig.* Ergo cum hæres ſit debitor, ad eum pertinet, perquirere vt rem ſoluere poſſit. Sol. in debito generis ſemper id verum erit, in ſpecie autem legata non procedit d. §. qui non loquitur in vltimis voluntatibus, in quibus ſumptus qui eſt neceſſarius pro ſolutione, quem ignorabit teſtator, non pertinet ad hæredem. argum. in *l. cum aliena. C. de legat. & in leg. ſi res obligata ſupra titul. proxim.* quia non eſt credendus iniunxiſſe,

xisse oous hæredi, cuius ipse testator non erat conscius.

In istis igitur duabus speciebus quando ante testamentum, vel post mortem testatoris fugit seruus, Glossa non considerat culpam hæredis, non qood culpa etiam in alieno seruo committi non possit: potest enim committi, vt in *dict. leg. cum res.* sed quia vt exterus teneri ex culpa posset, noo vt hæres actione ex testamento, quia eo tempore testameoti nulla ratio potuit haberi, viuo adhuc testatore, vt in *l. inde Neratius, in §. 2. supra ad l. Aquil.* tenebitur ergo legatario hæres tamquam quilibet extraneus, non vt hæres secundum Imol. quod verum non est, cum hoc veniat actione ex testamento, quia pæter legatum, & si opponatur de sumptibus, de culpa, vel dolo hæredis replicabitur. argumen. *infra de bonor. possessor. secundum tabul. in l. qui ex liberis in §. testamento.* & ita actiooe ex testamento id consequetur, licet mortuo, vel occiso seruo ante mortem dubium maxime contineat, cum actio hæredi danda foret etiam ante hæreditatem aditam seruo occiso, vt in *l. liber homo in §. si seruus hæreditarius, & in l. huic scripturæ supra, ad leg. Aquil.* quam cedere legatario tenetur; sed sibi ipsi contra se, vbi ipse occidit, quæri actio non potuit, & tameo actione ex testamento occiso seruo ad legatum agi potest, quod si de morte opponatur replicabitur, si non à te, vel culpa tua occisus sit, & ita intelligi debet text. in *l. eleganter, in §. item, si seruum legatum, supra de dolo*, vbi text. inquit. Item si seruum legatum hæres ante aditam hæreditatem occiderit, quoniam priusquam factus sit legatarius ioteremptus est, cessat legis Aquiliæ actio, de dolo autem quocumque tempore occiderit, cessat, quia ex testamento actio competit.] & ita datur actio ex testamento pro seruo occiso ab hærede, vt ibi & in *l. ex legati causa in fi. infra, de verb. obligat.* quod si hæreditate iam adita occidisset, & Aquilia agere legatarius posset, vt in *dict. leg. liber homo, in §. si seruus legatus.* quod si viuo testatore seruus legatus etiam ab hærede esset occisus, nulla actio legatario competeret, vt in *l. inde Neratius, in §. idem Iulianus scribit, in versic. quod si viuo testatore.* neque obstat quod text. in *dicta l. eleganter in §. item si seruum* dicat, Quocumque tempore occiderat.] nam loquitur iam mortuo testatore,
5 ante enim non est spes aliqua, cuius ratio haberi possit, sicut dicimus de eo, qui impedit aliquem ingredi religionem, licet enim malefaciat, & peccet, non tamen tenetur ad restitu-
6 tionem, vt per *Sot. de inst. & iur. in lib. 4. q. 6. artic. 2.* & is, qui sine vi & dolo malo procurauit vt aliquis testamentum mutaret, nullo modo tenetur, vt *C. si quis aliquem testa. prohibue. in l. fin.* & ita debet intelligi text. in *l. quid ergo, in §. si hæres hominem, de leg. 1.* quia intelligitur, testatore mortuo, imo loquitur de hærede, & ita hæreditate adita.

Franc. Sarmient.

Denique occiso seruo in vita testatoris nulla actio esset, sed si fugiat culpa hæredis etiam in vita id veniet per replicationem actione ex testamento, & ita etiam culpam hæres purgabit, nec vt extraneus teneri poterit, quia actio sibi quæreretur contra se, vt dixi, qood fieri nõ potest, in duobus autem temporibus, quando fugit mortuo testatore ante aditam hæreditatem, vel post distingui debet, ao culpa interuenerit hæredis, vel non: licet text. hic non distinguat isto modo, sed debet ita distingui secundum gloss. & bene, quia post mortem testatoris facilius dabitur culpa in hærede, quam ante, ideo text. distinguit vtrum post mortem, vel ante fugerit seruus, vt hæredis culpa notari possit.

Sed opponitur quod si adita hæreditate culpa contingat, possit consuli legatario per actionem legis Aquiliæ, vt io *leg. inde Neratius in §. 2. ad leg. Aquil.* & ita cesset actio ex testamento, quod gloss. & Bartol. admittere videntur, cum alleg. pro contrario. Sed ego oon video qua ratione hæ actiones se debeant impedire, cum neutra subsidiaria sit, vt *infra isto titul. in leg. cum filius, in §. varijs actionibus & supra ad leg. Aquil. leg. sed si quemcumque, versi. & ideo, & in l. sed si qui*, item culpa hæredis potest esse in non facieodo, quæ ad l. Aquiliam nõ pertinet, vt in *leg. si vsus fructus in §. denique, sup. de vsufruct.* ideo necessaria, oedum vtilis erit actio testamento.

SVMMARIVM

ex §. Si ita legetur.

1. *An legatum alternatiuum sit vnum vel plura.*
2. *An isto text. loquatur in legato alternatiuo, & infra num 4.*
3. *Vtrum hoc legatum sit conditionale.*

§. SI ita legetur, Sempronio decẽ aut si noluerit Stichum hominem lego, hoc casu duo legata sunt, sed vno contentus esse debet.]
Opponitur cum gloss. quod dicatur vnicum legatum, vt *infra isto tit. in l. si illud in 2. responso, & in l. cum illud, aut illud, infra quand. dies legat. ced.* 1
Glos. respondet quod sunt duo legata quantum ad nominationem: in legato enim alternatiuo plures res nominantur, nam in vnica re non potest esse alternatio, quoad solotionem autem vnicum legatum est, secuodum Barr. quẽ communiter sequuntur doctores secundum Imol. hic, sed gloss. nostra reprobat istam solut. & merito hoc facere videtur, ooo enim esset dubitatio digoa iurisconsulto, neque necessaria decisio huius tex. Quis enim vnquam dubitauit vt opus esset responso iurisconsulti, vt qui Titio Stichum, aot Pamphilum legasset, duas res in legato oominasse, & duarum rerum meminisse dicatur, ideo hic intellectus ad hanc legem non videtur bonus, licet post *Bartol. Imol. Comens. Paul. de Castro &*

Angel. de Periglis. cum sequantur, sed vide quæ infra dicemus num. 4.

2 Ideo gloss. transit ad aliam solutionem, vt hic text. non in legato alternatiuo loquatur, sed in legato ita concepto lego decem, aut si decem nollet, Stichum ei lego, hic enim duo legata sunt, alterum purum, alterum sub conditione, ideo primum transmittetur, secũdum non transmittetur, vt *infra quand. dies legat. cedat, in leg. si penum, secundum Iacob. de Aren.* quem refert *Alberic. hic, & glossa.* ponit rationem, quia in specie istius text. non concurrunt eodem tempore, ideo duo sunt legata, duobus temporibus facta; secus in legato alternatiuo, in quo eodem tempore vtrumque est in obligatione, vt *infra de solutionibus in leg. qui decem in §. Stichum*, sed *Bartol.* reprobat istam dictionem, quia etiam si non concurrant eodem tempore, vnicum dicitur legatum, vt in alternatiua sub contrariis conditionibus, vt *in dicta lege si illud, infra eodem.* Sed licet ratio glossæ non placeat, nec distinctio temporum, tamen intellectus gloss. ad text. nostrum applaudere videtur, quod hic sint duo legata, alterum purum, alterum sub conditione, vt probatur expresse in *dicta leg. si penum, infra quand. dies legat. ced.* Quod enim istud legatum differat à legato alternatiuo expresse probatur in *leg. cum illud aut illud, infra de optio. legat.* nam legatum alternatiuum transmittitur, hoc non transmittitur, & ita respondetur ad *dictam leg. si illud*, quia ibi vtraque pars est pura, neque obstat etiam *infra de actio. & obligatio, in leg. obligationum fere in §. fin.* nam non negatur ibi esse duas obligationes, sed non concurrentes, quia in effectu vna in alia transfunditur, vel resoluitur.

3 Sed opponitur quod hic vtrumque legatum sit conditionale, quia vbi in vna parte ponitur conditio totum redditur conditionale, adeo vt neque interim detur optio, neq. transmittatur, ergo hic vtrumque est conditionale, quasi decem sint legata sub conditione si voluerit, & Stichum sub conditione si noluerit illa decem, sed huic difficultati possumus subtiliter respondere, quod huic conditio adiecta legato Stichi si noluerit decem, non infert cõditionem legato decem, licet enim conditio adiecta ademptioni soleat inferre etiam legato conditionem contrariam, & tota conditio effici conditionalis, vt in *lege, quod pure, infra quando dies legat. cedat*, tamen illa conditio est tacita non expressa, sed conditio tacita si voluerit, cum de natura legati iussit, non efficit legatum conditionale, vt in *l. 3. de legat. 1.* & ita regul. *l. quod puro.* non habet locum in conditione si noluerit, quæ licet tacite inferat legato conditionem si voluerit, tamen illa nihil promouet, nisi quando est expressa, vt in *leg. si ita legatum. in § illi si volet, supra titul. proxime*, & ita non impeditur transmissio, quod est notandum. ad quod vide quæ diximus in libr. 4. istarum Selectar. interpretat. in *leg. si filius hæres.* in q. quã ibi disputauimus, & etiam diximus alibi circa interpretationem text. in *leg. fideicommissa in §. sic fideicommissum, infra titul. 1.* scilicet in lib. 2. harum interpret. credo in capit. 6. denique in altera parte conditio posita totum legatum conditionale efficit, quando ea est conditio, quæ etiam tacita habet vim conditionis, secus in ea, quæ tacita nihil efficit, cum semper inest per legem, & nota quod vbi legatum ita factum conferretur in voluntatem hæredis, tunc etiam non efficit conditionem in legato priori, licet secundum sit conditionale, vt lego decem Titio, & si decem hæres dare noluerit, lego domum, nam prius legatum semper est purum, vt in *l. si penum, infra, quando dies legati cedat.* quinimo si inferretur conditio, efficeretur totum legatum purum: nam si decem aut domum, vtrum hæres malit purum est legatum, cum optio relicta hæredi non efficiat legatum conditionale, vide quæ diximus in *l. statu liberum in §. Stichum infra eod.*

Hęc autem quę circa istum tex. diximus defendendo glossam, quod sint duo legata, verum vbi legatario optio datur, quia si hæredi vnicum est legatum, vt in *leg. cum sine præfinitione, in principio infra quando dies legati cedat.* & licet hæc videantur applaudere, & intellectus Bar. videatur verbalis, & de indubitabili, tamen omnino est necessarius, tam per *dictam legem Obligationum fere, in §. fin. & dict. l. cum sine præfinitione*, quam, quia text. in *l. cum ita, infra de option. legat.* hæc videtur comparare legatum alternatiuum, & istud legatum, & tex. in *leg. cum illud aut illud, infra, quando dies legat. cedit.* hoc expresse probare videtur, & ita male potest euadi intellectus, quem Bart. sequitur, licet videatur hic tex. de re indubitabili, & ita in legato alternatiuo text. in *leg. plane, in §. si ita Titio*, quem gloss. hic alleg. dicit quod in legato alternatiuo, sunt duo legata. 4

SVMMARIVM

ex §. Si quis ita legauerit.

1. Intellectus l. penult. C. de instit. & substit.

§. SI quis legauerit ex illo dolio amphoras decem, & si non decem, sed pauciores inueniri possint, non extinguitur legatum, sed hoc tantummodo accipit, quod inuenitur.] Textus iste satis bene declaratur, per doctores antiquos hic, neque est opus, vt nos multa addamus, & vide *Dec. in consil. 324.* sed oppono contra resolutionem doctorum hic, qui distinguũt, aut locus adijcitur in legando, an post perfectum legatum, quoad executionem: nihil enim videtur inter esse cum siue aliquid ponatur in principio testamenti, vel in 1 medio, vel in fine, nihil interest, vt in *leg. penult. C. de instit. & substit. in versicul. sin autem.* Solutio

cio, vbi constat testatorē voluisse adijcere conditionem nihil interest, in quacumque parte testamenti adiiciatur, vt ibi, & *infra de conditionib. & demonstrat. in l. quibus diebus, in §. quid. in Titia.* vbi tamen dubium est, multum interest, vtrum adiiciatur aliquid in ipsa datione, vel post perfectum iam actum legandi, quia hoc vltimo casu non efficit conditionem, vt in *l. ex his verbis. C. quando dies legat. cedat.*

SVMMARIVM

ex §. Si inter duos.

1. *Verbum debet non potest sumi pro potest contra doctores.*
2. *Ademptio incerta quando valeat, & intellect. l. 3. in §. si quis duobus. de adimend. lega.*
3. *Ademptio tollet legati incertitudinem aliquando.*
4. *Possessio non tollet vitium incertitudinis.*
5. *Si sunt plures eiusdem nominis, an ex eo solo legatum incertum reddatur.*

§. SI inter duos dubitetur de eodem legato cui potius dari oportet, vt puta si Titio relictum est, & duo eiusdem nominis amici testatoris veniant, & legatum petant, & hæres soluere paratus sit, deinde ambo defendere hæredem parati sint, eligere debere hæredem cui soluat, vt ab eo defendatur.] Opponitur cum gl. quod legatum sit nullum, *inf. de reb. dub. in l. si ita fuerit.* glos. fatetur quod hic legatum sit nullum, non quod ius deficiat, sed probatio, vt in legibus allegatis in glos. & ita exponitur hic debet, id est potest. & istam glos. sequitur Bar. & communi doct. secundum Ioannem de
1 Imol. Sed dura videtur hæc interpretatio, vt debet sumatur pro potest. nam sunt verba contrariæ significationis, vt dixi in *l. Gallus in principio*, & inepta videtur expositio debet, id est, non debet: ideo notandum est quod dictio debet, semper ponit necessitatem vel præcisam & absolutam, vel conditionalem, & ita hic sumitur, vt optime sentit Cuman. Si hæres nolit cum duobus litigare, eligere debet vnum, cui soluat, à quo contra alium defendatur, & aperte hoc vult tex. ibi. vt ab eo defendatur.] nam ad istum effectum consequendum, necessariū est, quod si velit cum vtroque litigare non est opus, vt alteri soluat. vt text. innuit ibi, & hæres soluere paratus sit.] quasi si non soluere destinauerit, poterit ab vtroque se defendere, & forsan vtrique soluere, si separatim litiget, condemnabitur, secundum Bald. nam probationes alterius non elident aliam, cum sit res inter alios, vt bene contra Cyn. inquit *Ioann. de Imol.* facit *l. circa supra de inofficios. testament.* neq. erit locus cautioni *legis a à quo, de rei vendica. & l. pen. de petit. haredit.* si legatum sit quantitatis, & actione personali agatur. consulte igitur faciet hæres, si ambo agant, alteri alterius petitionem & omnia acta intimare, vt fiat præiudicium, vt *de re iudic. in l. sæpe.* quod si alter citius ad sententiam perueniat impetret à iudice vt detur cautio similis illi de quâ in *dicta l. a à quo.* & pro isto intellectu quod sit necessitas conditionalis, facit tex. in §. sequenti & adde quod etiam si voluntarie soluat, soluit vt legatum, & non censetur vt liberalitas hæredis secundum Bar. qui ponit effectum, nos alibi diximus circa intellectum *l. fideicommissaria libertas infra de fideicommissis libert.* in lib. 2. harum interpretationum in cap. 6.

Item nota cum gloss. quod incertitudo personarum non vitiat si ex coniecturis vel probationibus possit constare de quo sensit testator, quod verum est nisi vbi certitudo requiritur pro solemnitate, vel forma vt diximus in *l. 1. supra de liber. & posthum.* per illum tex. quia tunc deficit ius, ideo non est admittenda probatio, quæ nihil releuaret.

Sed opponitur, quod incertitudo non vitiat dispositionem testatoris, etiam si non constet de quo senserit testator, vt in *l. 3. in §. si quis duobus infra de adimend. legat. & in dict. l. si fuerit.* vbi si duobus Titijs separatim legatum sit, postea Titio legatum adimatur, neque constet de quo Titio testator senserit ademptio incertitudine non vitiatur, sed neutri legatum debetur, sed vtrique obstat ademptio, inquit enim *Vlpian.* si quis duobus Titijs separatim legauerit & vni ademerit, neque appareat cui ademptū sit, neutri legatū debetur, quemadmodum & in dando, si non appareat cui datum sit, dicimus neutrum legatum.] Sed quibus ex causis vitiatur datio, vitiatur etiam ademptio, vt in eodem titulo, in *l. legata inutiliter in §. quibus*, vbi inquit *Florentin.* Quibus ex causis datio legati inutilis est ex eisdem causis etiam ademptio inefficax habetur.] Ergo si ademptio non vitiatur incertitudine, ergo neque legatum vitiabitur. neque placere potest, ad *dict. §. si quis duobus intellect. Cuman. & Socin. in d. l. si fuerit.* vt sit litera affirmatiua, potius placet illa litera *dict. §. si quis duobus.* quæ concordat cum *dict. l. si fuerit in fin.* vbi vult *Vlpian.* quod licet legatus vitietur incertitudine, tamen ademptio sustineatur. Et verius est (inquit) in his omnibus etiam legata & libertates impediri, ademptionem autem in vtrumque valere.] Neque ratio text. in *d. §. si quis duobus*, aduersatur huic literæ, ibi. Quemadmodū, &c.] quia etiam ratio concludit, nam sicut in dando incertitudo vitiat, ita & in adimendo vitiabit dationem, quia ei infert vitium suum, non autem quod vitiet ademptionem, denique certitudo vel incertitudo ademptionis, ad dationem transfertur, neque potest dicere quod ibi neutri sit ademptum, & sit distinguendum, an separatim cuilibet ex Titijs est legatum vt ibi, aut Titio, & tunc secus vt in *dicta leg. si fuerit*, quia hæc est contra illum text. vbi dicit, vni vel quibusdam:] & vtraque lex est Vlpiani, & in vtraque specie incertitudo in ademptione versatur, & ita intellectus Raphael. Comens. & Socin. verus non est, licet conetur eos de-

 fen-

ſendere *Ludouicus Texer. in l. quidam relegatus, in princip. colum. fin.* de reb. dubijs, leuiſſimis & falſis fundamentis, & licet ſubtiliter Comenſ. dici poſſet vbi ſimul legatum eſt, ad emptionem Titio factam, & ſi certa non ſit, valere, quia eo modo videtur adimi, quo datum eſt, ſi Titijs lego, Titio adimo, ſecus vbi ſeparatim Titio Galli, & Titio Seij legatum eſt, quia adimendo Titio aliter adimi videatur, tamen verbalis eſt hæc ſubtilitas, cum ſimilis ſit incertitudo, cum datum ſit pluraliter, ademptum vero ſingulariter, & verum eſt, vt inquit *Vlpianus*, non eiuſdem rationis eſſe ademptionem, & legatum, hoc enim incertitudine impediri illam, verè non item, ſic ergo incertitudo ademptionis reddit incertum legatum licet ſit argum. contra in fin. illius text. ibi. Ademptio inefficax habetur veluti ſi viam pro parte adimas, aut pro parte liberum eſſe vetes.] ſed illud non reſpicit incertitudinem, de qua agi-
3 mus, denique quo ad certitudinem vel incertitudinem verum eſt ex ademptione inferri certitudinem, vel incertitudinem dationis.

Quo fit ſi Titio centum legem, neque conſtet de quo Titio ſenſerim, cum habuerit duos Titios amicos, ſi adimam Titio Seij quinquaginta, manifeſto fieri Titio Seij cui adimo, partem centum legaſſe, neque obſtat quod ademptio non facit legatum, quod inutile prius erat, vtile, vt in *eadem l. legata inutiliter*, quia vt diximus, quo ad ius non erat inutile prædictum legatum Titio relictum, ſed quo ad factum & probationem, non actionem, ſed ad replicationem prodeſt, vt ſupra diximus, vide quę dicemus in *l. cum ab vno infra eodem*. quod eſt notandum.

Et adde, quod incertitudo vitiat, vt diximus etiam ſi legatarius eſſet poſſeſſor, niſi ex
4 poſſeſſione certitudo induceretur: nam ſi quis leget Titio domum, & Titius Caij eam poſſideat, veriſimile eſt de eo intellexiſſe, at ſi non poſſederet tempore legati, quod hodie poſſideat, non vincet hæredem, niſi oſtendat de eo teſtatorem ſenſiſſe, nam in ſua exceptione actor eſt, vt in *l. 2. infra de exceptione.* ideo hæres vendicabit rem, quod ſi de legato excipiat, docere debebit de eo teſtatorem ſenſiſſe, quod eſt notandum, & ita verum eſt quod Bartol. hic dicit, quod non proderit Titio petenti, quod alter Titius non petat. hoc enim non efficit, vt certum ſit debere petenti, qui intentionem ſuam implere debet, vt in *leg. final. C. de rei vendicatio.* verum tamen eſt quod ſi inter eos conueniat, & alter alteri ius ſuum cedat, poterit Titius, qui vtrumque ius habet exigere ab hærede ex mente Cuma. licet enim dubium adhuc ſit an vtiliter ex indirecto, an directo ex propria perſona exigere poſſit, tamen ex hac cauſa libellus quodammodo incertus admittendus erit, ſicut & alias dicitur in *l. 1. in §. quia autem, quorum legato infra*, qui text. licet loquatur quando incertitudo ex aduerſarij cauſa prouenit, habet tamen locum vbicumque iuſta cauſa adeſt, vt communiter probant doctores ſecundum Clandi. in *l. edicta actio, in colum. 10. C. de edend.* nam in vtrumque caſum ſibi ius competit ſiue ex perſona ſua, ſiue alterius. facit text. in *leg. quod ſi dubitet, ſupra de acquirend. hereds.* ideo melius facient, ſi intereſſe conueniant, aliter enim ſi de teſtatoris voluntate non poſſit conſtare, ſe inuicem impedient. argum. in *l. quoties ſupra de vſufruct.* & erit venale hoc inter Titios, vel inter alterum eorum, & hæredem vt hic, & *infra de bonor. poſſeſſ. contra tabul. in l. filium, in §. ſed cum exheredatio, verſi. erit ergo venale*, vide quæ diximus ſupra lib. 7. in c. 4. num. 4. & lib. 1. in c. 6.

Et adde quod optime *Bartol.* hic dicit quod 5
ad excludendum Titium petentem legatum, non ſufficit quod hæres opponat alios multos Titios reperiri, niſi oſtendat in eis eaſdem concurrere veriſimilitudines, vel non minores, vt de eis intelligi poſſit legatum, quas allegat in ſe Titius petens, & infert ad quæſtionem, dic per eum.

Et adde quod optime dicit *Paul. in l. Meuia, ſupra ſolut. matrimon.* poſt *Cyn. in l. ſi qua per calumniam, C. de epiſcop. & cleric.* vbi dicit, quod ſi inſtrumentum loquens de Titio ſit apud Titium præſumitur ad eum pertinere, licet ſint plures alij Titij, vide quæ diximus *ſupra de liber. & poſthum. in l. 1.* neque obſtat quod ſupra diximus Titio non prodeſſe poſſeſſionem, quia illa poſſeſſio non ſufficit, cum conſtat, vt diximus non volente teſtatore poſſidere, ſed de poſſeſſione ex alia cauſa acquiſita, hic vero loquimur in dubio, quia præſumitur illius inſtrumenti poſſeſſio ex cauſa in eo contenta, ideo idem eſſet in iſta ſpecie, vt poſſeſſio inſtrumenti non proſit; ſi conſtaret inſtrumentum habuiſſe, neque voluntati notarij rogati, neque partis promittentis, & darentur ſimules de alio Titio coniecturæ.

Vltimo gloſ. hic enumerat caſus quibus eſt locus gratificationi, & latiſſime hic *D. Petrus Peralta.* ſed latius, vt ſolet, *Tiraquel.* ponit omnia quæ dicunt doctores in hac re *in tractat. de primigenitur. quaſt. 17. opinion. 2.* & vide *Aret. in l. ex duobus, ſupra de vulga. & pupilla.* & de incertitudine dicemus, *infra eod. in l. quidam in teſtamento, & in l. cum quidam la magna, num. 36.*

SVMMARIVM

ex §. Certam.

1. *De qua ſubſtitutione hic text. intelligatur.*
2. *Secundus legatarius vtrum habeat actionem iure digeſtorum.*
3. *Hypotheca pro legatis non competit iure digeſtorum.*
4. *Intellectus veri ad iſtum text.*
5. *Verum hic procedebatur executiue.*

§. Cer-

§. CErtam pecuniam legatam si & legatarius, & substitutus legatatij peterét, & hæres soluere paratus sit, si ambo defendere hæredem parati sint, eligere debet hæres cui soluat, vt ab eo defendatur, & si neutrius manifesta calumnia videatur, ei potius soluendum, cui primum legatum est.]

1 Contra istum text. opponitur, dum est locus priori vocato, secundus nihil petere potest, vt probatur in *lege post aditam hæreditatem, Codice de impuber. alijs substitutio.* Sol. hic textus, legitur duobus modis, primo modo, vt loquatur in substituto per fideicommissum, & secundum istum intellectum non obstat hæc oppositio, quia ille text. in *dicta leg. post aditam.* loquitur in substitutione directa, quæ cessat per aditionem primi, fideicommissaria autem substitutio adeo non cessat per primi vocati aditionem, vt requiratur in fideicommisso vniuersali omnino aditio illius, cui fit substitutio, vt probatur in *lege ille à quo, in §. si de testamento, infra ad senatusconsultum Trebellianum*, in particulari autem fideicommisso id non requiritur, cum redeat ad hęredem cum suo onere, vt notatur *supra isto titulo in lege, sed duobus, & in lege vnic. C. de cadu. tollend.*

Secundo intelligitur hic tex. de substitutione directa, & tunc intrat oppositio, sed prius videamus de priori intellectu, antequam huic oppositioni respondeamus.

2 Et opponitur cum Bartol. quod fideicommissario substituto non detur aliqua actio. neque enim, vt iure nouo per legem Iustiniani *Codic. communia de legat. in lege prima, in §. & hac disponimus.* est statutum, vt transferatur dominium in fideicommissarium particularem, ita tempore digestorum hoc erat constitutum: imo legatarius, vel fideicommissarius non habet actionem contra hæredem, nisi à priori legatario ei cedatur, vt *infra isto titulo in lege imperator, in principio.* qua igitur actione hic substitutus hæredem potuit interpellare, cum nemo sine actione experiatur? vt probatur in *leg. si pupilli, in §. videamus, supra de negot. gest.* sed ad hoc respondet *Bartol.* quod licet non transferatur ad eum dominium, tamen actionem habet, cum primi legatarii bona sibi sint hypothecata, & ita etiam actio ex testamento, quæ est in bonis legatarii primi, ideo vtiliter ea agere potest, vt in *lege nomen debitoris, Codice quæ res pignor. obligar. poss.* sed istam responsionem reprehendit *Raphael Cuman.* quia non potest agi hypothecaria, nisi sit in mora soluendi principalis debitor, vt *ipsemet Bartol.* notat *in lege si res obligata, supra titulo proximo, in numero secundo,* per textum, *in lege debitores Codice de pignoribus & hypothec.* sed hoc non obstat, cum in illa constitutione mora requiratur, de vrbanitate, non autem de necessitate, vt etiam ibidem dicunt Doctores: tum quia hæc culpa, quæ legatario imponitur, quod rem dissipaturus petat, loco moræ habetur, vt optime hic inquit *Angelus de Periglis.* per textum notabi. in *lege imperator, infra ad Senatusconsultum Trebellianum,* quam iustam causam textus hic considerat, vt in eius fine apparet.

Sed adhuc iste intellectus verus non est, 3
quia verius est quod tempore digestorum non erat inducta hypothecaria pro legatis, quæ per *Iustinianum in dicta lege prima Codice commun. de legat.* inducitur, secundum gloss. in *lege is cui, in §. postquam, infra, vt in possessio. legat.* quod approbant Doctores nostri in *lege prima supra titulo proximo secundum Ripam ibi in columna penultima.* neque obstat textus in *lege creditoribus, infra de separationibus in fin.* quia ille textus intelligitur de pignore prætorio facta missione ex *titulo vt in possessionem legat. à iudice.* vt ibidem gloss. ex Martino interpretatur. & *Ioannes Faber, in §. sed olim, in numero tertio. in fin. institut. isto titulo de legatis,* ideo iste prior intellectus non est verus, quia non habet actionem hic fideicommissarius ratione hypothecæ, sed potest agere, si prior legatarius acceptauit legatum, vt ipse sibi cedat actiones, vel exigat legatum sibi restituturus, & hoc cautione præstita, si de dissipatione iuste quæratur, vt probatur in *lege is cui, in §. si Titio, infra, vt in possessionem legatorum.* nam si repudiasset, non esset quæstio cum ab hærede tunc posset exigere substitutus, vt in *dicta leg. vnic. Codice de cadu. tollend.*

Potest igitur secundum speciem *dicti §. si* 4
Titio adaptari intellectus huic §. quod Titio legata sunt decem, illaque sit rogatus restituere Sempronio sub conditione, si nauis ex Asia venerit, Sempronius opponit se Caio, petitque vt non dentur ei decem, nisi præstita cautione, ideo impedit solutionem, & ei caueri dari debet: quod si vterque cauere velit, sine calumnia Titio potius solui debet. ita in hoc textu nõ agitur de hypothecaria actione, neque personali, sed officio iudicis, quo dictæ cautiones solent interponi, & ita in fideicommissaria substitutione potest fingi species istius text. vt dixi.

Secundo modo etiam in fideicommissaria potest interpretari, finge Titium legatarium petere decem, Sempronium etiam petere, quòd dicat repudiasse Titium legatum, ideoq. apud hæredem cum onere remansisse: interim solui debet caventi secundum formam supradictam, si lites fugere hæres velit.

Tertio modo intelligitur hic text. secũdum Iacob. vt hic referunt *Bartol. & Alberic.* in substitutione directa, sed opponitur quomodo possunt concurrere in ea legatarius, & substitutus contra *dictam legem post aditam.* Sol. secundum Bart. hic substitutus allegabat legatarium repudiasse, ideoque locum fuisse substitutioni, legatarius vero id negabat, & petebat legatum. in hoc consulit *Paul. iurisconsultus* hæredi, vt alterum eligat, vt ab altero defendatur, in pari autem causa cautionis, potior est causa legatarii, quam substituti, posset etiam sibi caueri hæres rem deponendo, vt victori restituatur,

rur, vt ipsi inter se litigent legatarii, vt in *l. acceptam C. de vsur.*

Vltimo *Bart.* notat quod tertius potest venire ad impediendum executionem, vide per eum in *lege à diuo Pio in §. si super rebus, infra de re iudic.* sed contra quia legatariis non datur remedium executiuum etiam hodie, vt notatur in *lege fin. C. de edi. diui Adriani.* nam iure isto non est dubium, vt in *lege minor 25. annu cui fideicommissum, supra de minoribus.* Sol. hic agnoscebat bonam fidem hæres, vt *supra de iudicijs in leg. Si debitori.*

SVMMARIVM

Ex §. Si cui certam cum l. sequenti.

1. *De legato partiario & infra num. 9.*
2. *Re. & vtilitate legatum bonorum, & hæreditatis non differunt.*
3. *In legato totius non habet locum distinctio huius l.*
4. *Fideicommissum partis bonorum relictum à legatario partis hæreditatis, quid contineat.*
5. *Assignatio bonorum facta vni hæredi transfert institutionem in legatum.*
6. *Verbum lego quando inducat institutionem.*
7. *Error Iason. qui putat verbum lego doti adiectum institutionem inducere.*
8. *Intellectus l. Legi ad Trebellian. in duobus §§.*
9. *Intellectus l. C. de hæredib. instituend.*
10. *Intellect. § post quod de fideicommissa hæreditati.*
11. *Prima differentia inter legatarium partis bonorum, & partis hæreditatis.*
12. *Secunda differentia.*
13. *Tertia differentia.*
14. *Quarta differentia, & intellect. Legi in versic. vnde quæritur.*
15. *Quinta differentia.*
16. *Sexta differentia.*
17. *Septima differentia.*
18. *Legitima an sit pars bonorum, vel hæreditatis.*
19. *Quid de melioratione tertij, vel quinti.*
20. *Latissime de interpretatione l. 21. Tauri.*
21. *Quæ legata deducantur vt æs alienum.*
22. *Legata, quæ Falcidiam non patiuntur, an vt æs alienum detrahantur. & n. 25.*
23. *An legata deducantur de parte bonorum.*
24. *Quid de legatis pijs.*
25. *Si vni legetur species, alij certa pars bonorum an concurrant in re illa.*
27. *Quo ad soluenda debita non habetur ratio prælegatorum.*

§. SI cui certam partem hæreditatis legauero, Diuus Adrianus rescripsit, vt neque pretia manumissorum, neque funeris impensa deduceretur.] *Modestinus.* Cum autem pars bonorum ita legatur, bonorum meorum, quæ sunt cum moriar, dos & manumissorum pretia è medio deducenda sunt.

1 Prætermittendum est quod iure antiquo, si alicui pars hæreditatis legabatur, legatarius partiarius vocabatur, interponebanturque stipulationes, vt pro parte sua legatarius onera subiret, quod sublatum est: nam per Trebellianum sine stipulatione transeunt actiones, vt in §. *post quod, institut. de fideicommissar. hæreditat.* hic allegato in gloss. nam licet *senatusconsult. Trebellian.* qui licet in fideicommiss. vniuersali hæreditatis, vel eius partis loquatur, tamen etiam in legato partis hæreditatis locum habet, vt in di. §. nam legata vniuersalia fideicommissis vniuersalibus sunt comparata, vt notatur in *l. 1. supr. titul. proxim.* sed vult gloss. quod text. hic secundum ius antiquum loquatur, de quo talis legatarius onera non sentiebat, nisi interpositis stipulationibus, quasi velit gloss. sine vllo onere legatum remanere, quod falsum est, imo communis & vetus intellectus est, vt pro parte sua onera subire teneatur, in l. autem sequent. sine onere pars debetur, quia iam ante onus detractum est, quam soluatur legatum, vt infra dicam.

Denique volebat gloss. quod legatarius in hoc tex nihil soluere teneretur, in leg. vero sequenti teneretur partem soluere, quod vtumque falsum est, quia per contrarium distingui debuit. verus igitur istius text. intellectus est, quod si legetur pars hæreditatis, videtur legari ære alieno non deducto, vbi vero pars bonorum, intelligitur deducto ære alieno, vt in l. sequenti vt gloss. notat secundum Azon. cuius intellectum sequitur *Bar.* & cõmuniter Doctores. ratio est, quia hæreditatis nomen est nomẽ iuris, vt in *leg. quadam, in §. nihil interest sup. de edend.* ideo debitorum passiue particeps est, 2
bonorum autem nomen, non est nomen iuris, ideo solum comprehendit id, quod suum cuiusque est, & ita legatario partis hæreditatis traditur pars non solutis debitis, sed cum onere ea soluendi pro sua parte, legatario vero partis bonorum non soluitur pars, nisi ante solutis omnibus debitis, & ita ex remanentibus bonis pars legata soluetur; re autem ipsa, & vtilitate nihil inter prædicta legata interest, siue enim bona tradantur cum onere suæ partis, siue ex onerata non minus, vel maius lucrum afferunt. Finge hæreditatem esse mille, æs alienum sunt sexcenta, legata mihi hęreditatis parte dimidia habebo quingẽta, ex quibus soluere debeo trecenta creditoribus, & ita remanẽt mihi libera ducenta, quæ etiam mihi remanebunt si bonorum dimidia pars legatur: nam imprimis solutis sexcentis, remanebunt bona pretij quadringentorum, ex quibus media pars id est ducenta mihi soluet hæres: denique quo ad vtilitatem nihil interest, sed quo ad curam, & administrationem, & ita sentit *Cuman. Paul. & Angel. de Perig. Deci. consil. 337. colum. 2. & 388.* secus autem si legaretur dimidia rerum, vel corporum, quia tunc onera pertinent ad heredem, & vtilius est hoc legatum, quam supra dicta, vt apparet ex his quæ tradit *Ioann. Gualdens. in tractat. de art. testand. titul. 6. cautel. 42.* circa quod in legato rerũ subsisto, quia etiam iuris verbum esse potest, in corporũ autem nomine id verum puto, vt legatum sit omnino liberum, & vtilius legato, de quo in hoc §.

& in

& in l. sequenti. hæc autem distinctio in legato patris vel in fideicommisso locum habet, nam si non solam partem, sed omnia fideicommissum comprehendet, nihil interest fieri sub hæreditatis nomine, vel bonorum, vt in *l. nam quod in fin. cum duabus legibus sequentibus infra ad senatusconsult. Trebellian. & in l. bonorum appellatio. infr. de verb. significatio.* vt optime declarat *Bartol. hic*, qui ponit rationem, quia vbi legatur pars bonorum non est inconueniens, vt solutio debitorum apud quē vtilitas remanet, pertineat, non sic vbi omnia bona legantur. iniquum enim esset onerare hæredem, cui nulla vtilitas est relicta. esset enim quædam societas leonina, vt in *l. si non fuerit in §. 1. supra pro soci.* & licet vt supra diximus, hæres ex bonis soluere teneretur, non tamen soluitur istud inconueniens, cum saltem onus personale soluendi, & cōputandi labor sibi sine vtilitate imponeretur, deniq. hæres laboribus implicaretur, fideicommissarius ad bona laboribus hęredis composita admitteretur, quod iniquū maxime foret. argu. sup. de minorib. in *l. quod si minor. in §. Sceuola, & in l. 2. inf. ad l. Falc.* neque quod hæres vel ex l. Falcid. vel Trebellian. vtilitatē consequatur hanc interpretationem subuertit, nam id cōtra voluntatem testatoris sibi cōceditur, vt in *l. Titia ad leg. Falcid. infr. & in leg. qui totam infra ad senatus consult. Trebell.* & latissime sum interpretatus supra in libr. 2. in cap. 7. in num. 9. & sequent. ideo ad mutandam mentem testatoris hoc non pertinet, vt *supra de hæredib. instituend. in leg. quo loco in §. fin.* qui hæreditatis effectum bonorum omnium restitutione voluit repræsentari, item quia etiam re ipsa posset grauari hæres, si bona soluendo non essent iure isto ante inuentarij beneficium, in qua specie Falci. non succurrit, & hic hæres certus foret, si non interpretaremur in legato omnium bonorum hæreditatem comprehendi, vtilitatem nullam sibi relictam, damnum autem sibi posse inferri. ideo æquum est, vt sub restitutione omnium bonorum hæreditas restituatur, non autem sola bona, alioquin quis esset, qui eius hæreditatem adiret? nam neque hæres, aliter interpretando adire ex senatusconsulto Trebelliano compelleretur, quod senatusconsul. ad fideicommiss. hæreditatis non corporum particularium, vel bonorum pertinet, vt Bart. sentit, & infra in differentiis horum legatorum videbimus. vera itaque est distinct. Bartol. inter fideicommissum omnium bonorum, & partis, quæ in legib. ab eo allegatis bene probatur, licet nullus hæc ita vt nos interpretetur, nec respondeat prædictis difficultatibus.

Sed quærit Bart. quid si alicui pars hæreditatis legetur, & is grauetur restituere partem bonorum, quam accepit, vtrum hoc secūdum legatum vel fideicommissum intelligatur continere hæreditatem, vel bona, Bar. determinat hæreditatem continere, quia licet partis legatum sit, & in legato partis fiat distinctio loquatur per verbum bonorum, vel per verbum hæreditatis, tamen quia respectu legatarij grauati non sit pars, sed totum, licet respectu hæredis sit pars, dicemus idem quod supra quādo omnia legantur, in qua specie inter bona, & hæreditatem nihil interest. esset enim iniquum eum laboribus implicare, quem nulla sit vtilitas sequutura, & in hac specie quomodocumq. fiat, cessat Trebelli. vt in *l. si mulier in §. fin. infra ad senatusconsult. Trebellianum.* 4

Quærit insuper Bart. si quis in parte bonorum instituatur alio scilicet instituto simpliciter hærede, an deduci æs alienum debeat, & concludit quod sic, quia loco legatarii habetur, quasi institutus in re certa, *C. de hæred. inst. in leg. quoties.* quia institutio quæ iuris est, non debet rebus circumscribi. vt *sup. de petit. hæred. in l. hæred.* etiam ideo assignatio bonorum instituti. adiecta efficit, vt transeat in speciē legati, quod rebus circumscribi solet, & quia est contra eius substantiam, ideo mutatur species, vt in *leg. vbi ita donatur, de donat. caus. mort.* institutio autē vel vniuersum, vel partem vniuersi continere debet, vt in *l. nihil aliud est hæreditas, inf. de verb. significatio.* & ita inspicitur vtrum verba referantur ad vniuersitatem. 5

Ex quo sequitur, quod si quis Titio suā hæreditatem leget, hæres Titius videbitur institutus, quia hæreditas datur nullo medio interposito, ideo hæres directus erit, quod sentit gl. in *l. hu verbu sup. de hæred. inst.* loquendo de verbo relinquo, sed de verbo lego loquitur text. in *c. Rainutius extrau. de testam.* vbi notant doctores. sentit *Bartol. in l. illa institu. in num. 3. de hæred. instituen.* secus quando alius erat in priori loco institutus, tunc enim verbum lego cū sua natura sit obliquum ad institutionem referri non potest, cum sit in secundo gradu, in quo obliquum consistere potest, & ita est intelligendus *Bartol. in leg. centurio in numer. 19. de vulgari & pupillari.* at nos loquimur vbi in primo gradu dictum fuit, Titio omnia bona mea, vel hæreditatem meam lego. cum enim verbum lego vniuersitati iungatur, & in primo gradu, in quo obliquū esse nō possit: (obliquum enim requirit, vt medium sit interpositum,) necessum est, vt directa institutio inducatur, sicut per contrarium verbum directum vniuersale vni rei adiectum, si solus sit, efficit vt à re discedamus, & directio seruetur; si vero sit alius hæres ita vt possit dari obliquum, vt natura rei seruetur, quæ vniuersitati repugnat, à verbi natura discedimus. ita de verbo lego dicemus, vt vniuersitati adiectum, & primo gradu constitutum omnino iure directo sit accipiendum, quod bene intellexit *Lancellot. Gallia. in dict. l. centurio in num. 325. & 326.* & optim. *R. Episcop. Segob. c. Rainaldus, in §. in numer. 5. de testa.* potest etiam, & si non solus sit ex adiunctis colligi mens testatoris, vt verbum lego directum efficiatur, vt in specie, 6

quam

quam fingit *Polit. & Rip. in num.* 100. pura Titium in dimidia hæreditatis meæ hæredem instituo, reliquam medietatem Sempronio lego, nam Sempronius hæres etiam directo erit, & pro hac coniectura voluntatis facit text. in *l.1. infr. de reb. dub.* licet possit fieri interpretatio, vt Titius in solidum hæres sit, detracta partis mentione, Sempronius sit fideicommissarius vel legatarius partis, sed cogita.

Denique verbum vniuersitatis, vt hæreditatis vel omnium bonorum totiúsve substantiæ efficit, vt cum verbo quod natura sua est obliquum alio instituto legatum, vel fideicõmissum iuris contineat, alio vero nõ instituto, vt sit vniuersalis hæres vi verbi, ex vniuersitatis potentia, & loco in quo obliquum non cadit, superata. & ideo *Iason. in rubric. super solut. matrimon. in numer.* 31. & aliorum opinio qui in *dict. c. Raen.* sentiunt, quod verbum lego doti adie-
7 ctum inducat institutionem, cum dos sit quid vniuersale, vt volunt doctores post *Bart. in di. Rubric.* quam & alij tentarunt, ridicula sane est, quia relictum dotis nullo modo potest institutionem inducere. nam & inter legata particularia connumeratur dotis legatum *infra de dot. prælegat. per totum*, & est textus in *lege cum dotem infra ad legem Falcidiam*, vbi legatum dotis ad Falcidiæ tractatum pertinet, ergo legatum particulare est, alioqui ad Trebellianum pertineret, item est contra text. *in l. ex pupillari, supra de vulga. & pupilla.* vbi hæreditas pupilli licet vniuersale ius contineat, non tamen comprehendit, nec trahitur ad principalem: ideo hæreditas, dos, & peculium, & similia, quæ vniuersitatem comprehendunt, dupliciter possunt considerari. aliquando enim principaliter de se capiuntur, & tunc vniuersitatis vicem obtinent simpliciter, aliquando sub alio vniuersali comprehenduntur, & respectu comprehendentis pro re singulari habentur. nam si ego hæres institutus à Titio sim, & eius legem hæreditatem tibi, tu legatarius es, non hæres, nec pars hæreditatis meæ vniuersaliter in hoc legato comprehenditur, ideo hoc legatum ad Trebellianum pertinere non potest. vt est expressum in *lege ita tamen, in §. Trebellianum, infra ad Senatusconsultum Trebellianum, & in lege mulier in §. final.* & facit textus in *leg. cogi, in §. sed & similes, versicul. quamuis*, vbi hoc est expressum. dicit enim textus, Quamuis placeat, cum quis hæreditatem, bonaque quæ sibi ab aliquo obuenerunt, vel quæ in aliqua regione habet, restituere rogatur, vt ex Trebellian. non transeant actiones,] obstare tamen videtur *præcedens §. sed & si quis.* sed Bart. respondet in *dict. §. sed & similes.* quod debet interpretari in illo text. non, pro non solum, vt sæpe fit in iure nostro, & notat *Anton. Aug. in lib. 2. emendationum in c. 1. in pagin.* 76. & hoc significatur ex litera text. ibi, Sed & hæreditatem Seiæ.] nam dicit text. Sed & si quis non hæreditatis suæ partem dumtaxat rogauit hæredem suum restituere, sed & hæreditatem Seiæ, quæ ad eum peruenerat, vel totam, vel partem eius, hæresque institutus suspectã dicat, cum placeat illud, quod Papinianus ait, ex Trebelliano transire actiones; dici poterit, si suspecta dicatur hæreditas, cogendum hæredem institutum adire, & restituere, totamque hęreditatem ad eum, cui restituitur pertinere.] & quod hic intellectus sit necessarius, vltra supra dict. manifeste apparet, quia si nihil de restituenda sua hæreditate cauisset, non diceret text. Et si quis non hæreditatis suæ partẽ duntaxat.] quia negatiua nullas habet partes, vt ad dimidiam negatiua referatur, si ponimus nullam partem suæ hæreditatis fideicommisisse. denique peculium, dos, & hæreditas aliena legata, quatenus de successione restatoris agitur, particularium rerum iure censetur, ideo ab his testamentum confirmari non potest, non magis quam à quolibet alio particulari legato, vt de iure codicill. in *l. quod per manus*, ita opinio prædictorum, & aliorum quos refert *Hippolyt in singula.* 547. falsa est.

Sed contra supradicta videtur text. expressus in *leg. fin. C. de heredib. instituend.* vbi ex his verbis, Sempronius Plotij hæres esto, cui Plotio hæres testator erat, Sempronius institutus videtur, & ita ex hæreditate accessoria ad principalem hęreditatem, sub qua comprehẽditur, infertur, eamque secum trahit, quod videtur omnia supradicta subuertere. sed illi text. si recte cõsideretur, facilis est respõsio, quod ibi institutio inducitur nõ est ex vi vniuersitatis hæreditatis Plotij, sed ex vi verbi Hęres esto, quod etiam rei particulari adiectum, si non sit alius hæres institutus, detracta rei mẽtione trahitur ad vniuersum, vt in *l. 1. in §. si ex fundo, supr. de hered. instituend.* ex mente *Bald. in 8. q. in d. l.* ex hoc lex illa est clara, & cessant multa, quæ doctores inuoluunt, ideo si in d. l. fi. esset alius hæres institutus, Sempronius esset legatarius hæreditatis Plotij, vt in *l. quoties eod. tit.* & ita magis cõfirmantur supradicta, quã impugnantur, cum ibi hæreditas Plotij rei particularis loco habeatur, sed trahitur institutio ad totum si sit solus propter verbũ Hęres esto; sicut si dixisset Sempronius Huius prędij hęres esto, quia detracta prędij mentione si solus sit hæres, in totũ erit; maxime autem vbi quo ad hæreditatem Plotij hęres scribitur, hoc efficitur, quia aliter hęres Plotij esse non possit. nam legatarius hæreditatis non est hæres primi, neque secundi testatoris, quia hæres hæredis primi testatoris, est hæres, sed legatarius nullius est hæres, vt ibi etiamsi hæres scribatur, vt in *dict. leg. quoties*, nisi solus sit, & vide quæ *Bart. in dict. l. centurio, in numer.* 43. sed clarius est, vt supra diximus, quod sicut institutus in re certa si sit solus, est hæres vniuersalis, ita si in hæreditate Plotij instituatur, quod efficit non vis hæreditatis Plotij, quod sit quid vniuersale, sed vis verbi hæres esto. 9

Item

Item quærit *Bar.* an legata deducantur ex legato partis bonorum. dic vt per eum, quia bene loquitur, licet *Cuman.* male eum reprehendat.

Sed redeamus ad interpretationem nostri text. & videtur quod distinctio, quæ fit inter legatum partis bonorum, & partis hæreditatis vera non sit, nam & in legatarium partis bonorum æs alienum transit, neque legatum debet intelligi deducto ære alieno, vt *in §. post quod, instit. de fideicommiss. libertatib.* nam ibi legatarius partis, & bonorum non differt, inquit enim text. Post quod Senatusconsult. ipse hæres onera hæreditaria sustinebat, ille autem, qui ex fideicommiss. recipiebat partem hæreditatis, legatarij partiarij loco erat, id est eius legatarij, cui pars bonorum legabatur, quia species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem.] Ecce text. in quo non differt legatarius partis bonorum, & partis hæreditatis, & hoc fortius probatur in *versic. vnde.* vbi probatur quod inter huiusmodi legatarium, & hæredem interponebantur stipulationes, vt quilibet eorum pro sua parte onera subiret. inquit enim, Vnde quæ solebant stipulationes inter hæredem, & legatarium partiarium interponi, eædem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recipit hæreditatem & hæredem, id est vt lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune esset.] sed hæ stipulationes superfluæ erant in legatario partiario bonorum, si æs alienum deduci ante legati partis bonorum solutionem debet, *Raph. Cuman. hic* fatetur se nescire respondere, nisi exponantur verba text. Cui pars bonorum, id est hæreditatis, quam expositionem *hic Imol.* admittit, *& Angel. Aret. ibi:* sed hæc expositio durissima est, vt in tam diuersam intelligentiam verba torqueantur, item esset mala comparatio, & inepta, cum debeat esse comparatio inter diuersa, vt in *lege quod Nerua supra de posit.* sed de partiario hæreditatis ad partiarium hæreditatis quæ esset comparatio? sed potes his satisfacere, quod ibi fiat comparatio de fideicommissario vniuersali, quia per Pegasianum senatusconsultum fideicommissarius vniuersalis, partiarius fiebat, cum quartam hæredi dimittere teneatur, & ita totus text. in legatario partis intelligatur, non bonorum, & expone cui pars id est eius legatarij, cui non tota hæreditas, sed pars dabatur, cum in effectu partem, id est dodrantem fideicommissarius habiturus sit, & ita non erit mala comparatio.

Sed difficultas superest adhuc, quia tex. legatarium partis hæreditatis exponit, pro legatario partis bonorum, quæ expositio est contra text. nostrum, & l. sequent. sed respondeo quod ibi non est quæstio vtrum intersit inter bonorum partem, & hæreditatem, sed vtrum fideicommissarius fuerit similis legatario partiario siue bonorum, siue hæreditatis, quia cum hærede partiebatur hæreditatem, nec obstat quod in legatario partis bonorum non poterant eadem re stipulationes, cum per eum æs alienum solui deberet. quia respondeo quod in vtroque erat vtilis, & necessaria stipulatio, cum possent post solutionem legati detegi debita, quæ tempore solutionis erant occulta, ideo in vtraque specie optime cadit similitudo ad id de quo agitur, scilicet ad stipulationes. Sed cum hodie non sint necessariæ stipulationes, si debita compareant, poterit per indebiti condictionem repeti, si plusquam oportet, fuerit solutum legatario partis bonorum, vt in *l. 2. supra de condiction. indebit*, ibi, vel Falcidia emerserit.] imo & cautio poterit etiam hodie exigi, vt si debita detegantur, restituat, quod amplius accepit, quia etsi repeti potest id quod solutum est, tamen fieri potest, vt non sit soluendo is cui solutum est, vt in *l. 1. in §. licet stipulatio*, & per totam *l. infra, si cui plus, quam per legem Falcidiam*, vbi etiam loquitur de emergente debito, & ita in omnibus potest defendi illa comparatio, non quod non intersit inter legatarium partis hæreditatis, & bonorum alias, sed quia in illa materia nō intererat quo ad interpositionem stipulationum, antequam ex Trebelliano transirent actiones in fideicommissarium, post quod non est opus cautione quo ad fideicommissarium vniuersalem.

Vel melius dicere potes, & hic erit singularis intellectus, quod ante senatusconsult. nihil intererat inter legatarium partis hæreditatis, & bonorum, cum neque in legatarium partis hæreditatis actiones transibant, ideo stipulationes interponebantur, at cum hodie transeant actiones, interest inter eos per istum text. cum l. sequent. & hic est clarus, verus, & notabilis intellectus quem hodie repetio ponere D. Doctorem Peralt. hic, quem ego certe antea assignaueram, & nullus alius doctorum est assequutus. Ponit etiam *D. Peralta* aliam literam ex Theophilo in qua deficit verbum bonorum. vid. per ipsum. & forte fuit verbum captum ab aliquo glossatore non bono, vt sunt glossularij, quos ipse reprehendit *in numero 26. in fin.*

Ex his igitur constituitur hodie post dicta 11
senatusconsulta differentia prima inter legatarium partis bonorum, & partis hæreditatis, quia in hunc transeunt per Trebellianum actiones, hodie in illum non transeunt, quia iuris successor hic est, non ille, vt in *l. 1. in §. si is qui quadringenta, & in §. sed si quadringenta, & in l. si legatum in §. multum interest, & hic.*

Secunda differentia secundum Bar. quod 12
legatarius partis hæreditatis ad singularum rerum partem cum onere debitorum admittitur, si commodè diuidi possunt, at legatario partis bonorum potest hæres satisfacere vel partem rerum soluendo, vel æstimationem

suæ partis, vel in aliqua re hæreditaria, vt in *lege cum amplius, §. cum bonorum: cum l. sequent. supra de legat. 1.* & ita alienatio rerum ab hærede facta à legatario partis bonorum non poterit reuocari, vt in *authent. contra cum rogatus. versic. quod si contingat, C. ad senatusconsult. Trebellia.* contra Curtium qui hoc non intellexit in *authent. res quæ in 2. col. C. commu. de legat.* nam hoc ius commune est, vbicumque solutis debitis aliqua pars debetur, & sic vbi debetur quota bonorum, vt possit soluere in pecunia numerata si velit, vt *in dict. l. cum amplius,* ratio est, quia cum ipse debeat soluere creditoribus, & eis satisfactis legatum sit relictum, arbitrium est hæredis soluere ex bonis, vel vendere, vt creditoribus satisfaciat, hoc enim concessum est hæredi contra eum, cui quotam bonorum debet restituere, & alienando bona videtur eligere solutionem in æstimatione, vel in alia re, vt in *lege quod si fundus, in fin. cum l. si marito supra de fundo dotali.* verum tamen est, quod durat hypotheca earum rerum donec sibi soluat hæres, vt in *dict. auth. contra cum rogatus.* sed in prælegato facto filio non procedit *dicta l. cum amplius,* vt *in l. 20. Taur.* quod hic notat *D. Peralt.* licet confuse, cum lex clara sit.

Contra Curtium.

13 Tertia differentia inter quotam hæreditatis, & bonorum est quod institutus in quota hæreditatis dato alio hærede, est hæres, vt *in l. 2. supra de haredi. institut.* si vero in quota bonorum, est legatarius, vt *in l. quoties, C. de hered. instit.* ex quo effectu plures alij sequuntur, nam alter non transmittit, cum sit hæres *l. emancipata, C. qui admitti,* alter transmittet, quia legatarius, vt doctores admittunt in *dicta l. quoties,* vbi *Ias.* in specie, & clarum est, vt *C. de caduc. tollend. in l. vni. in §. cum igitur & in §. in nouissimo,* item hæc differentia prodest ad remedium diui Adriani, quod hæredi datur, non legatario, itèm ad effectum *l. non dubium C. de legat.* item ad Falcidiam quam patietur, si sit legatarius, vt in *l. quoties. C. de famil. hercisund.* item sustinebitur rupto testamento per *aut. ex causa* secundum *Iason. in dict. l. quoties.* quæ non egent aliqua disquisitione, nam & omnia quæ doctores dicunt de instituto in re certa ad eum, qui institutus est in quota bonorum pertinet, vt per *Bart. in l. ex facto supra de hared. instituend.* & ita sunt plures effectus quo ad qualitatem, licet quo ad quantitatem vt diximus, nihil intersit: ideo operæ pretium erit, videre vtrum legitima dicatur quota bonorum, vel hæreditatis, cum omnes dictæ differentiæ huic quæstioni deseruiant.

14 Quarta differentia vel effectus est, quod legatarius partis hæreditatis habet remedium senatusconsulti Trebelliani, vt in *l. 1. in §. pen. & in l. cogi. in §. si quis hæres ad Trebellianum,* quod videtur concurrere cum prima differentia, & probatur hic: sed contra hoc videtur fortis text. in *l. cogi in versic. vnde quæritur eod. titulo,* vbi locus est Trebelliano in fideicommisso hæreditatis deducto ære alieno, quod in effectu est fideicommissum bonorum, sed respondetur, quod ibi cum sit omnium bonorum, impossibilis est illa adiectio, & pro non apposita habetur, neque *Iulianus ibi* contra dicit, cum dicat, aut deductionem eum non pati,] quæ pars alternatiuè potior est, quia nulla vitiatur regula, & faciunt quæ *Bartol. hic* dicit de fideicommisso omnium bonorum, quod nos supra sumus interpretati, nec placet quod id sit in potestate hæredis, vt *Bart.* dicit, quia si hoc esset verum, esset in potestate hæredis transeant actiones vel non, vel vt sit locus, vel non sit Trebelliano.

Quintus effectus prædictæ differentiæ est secundum aliquos, quia id quod iure hæreditario capitur, solet venire in restitutionem, non id quod iure prælegati, vt in *l. in fideicommissariam, infra ad senatusconsult. Trebellian.* sed hic effectus non placet: nam illud dicitur capi iure hæreditario, quod capit quis tanquam hæres, non autem iure hæreditario, idest, sub hæreditatis nomine, nam neque fideicommissum partis hæreditatis venit in restitutione, cum non hæreditario, sed fideicommissi titulo capiatur. 15

Sextus solet poni per text. *infra isto titulo, in l. miles in §. pro parte,* quod prælegatum bonorum, non veniat in substitutione vulgari, sed hæreditatis: sed hic effectus non est verus, quia vt diximus in præcedenti, quod ad id, hæreditas dicitur, quam quis vt hæres accepturus foret, non si tamquam fideicommissarius. neque enim dubium est, ibi fideicommissum transmitti, si à cohærede esset adita hæreditas, vt in *l. cum secundum, & in l. in personam C. de fideicommissis.* 16

Septimus effectus solet poni, quod repudiata hæreditate non potest quis partem aliam quotæ hæreditatis habere, sed posset aliam partem bonorum, vt *in lege cum responso, C. de legat. & in l. quid ergo 2. supra tit. 1.* sed falsum est, quia etiam partem hæreditatis si ex fideicommisso debeatur, posset petere etiam repudiata hæreditate, vt *in l. recusare, in §. penult. infra ad senatusconsult. Trebellian.* ideo tene priores quatuor differentias, quæ veræ sunt, & maximæ vtilitatis. 17

Sed operæ pretium erit videre an legitima filij dicatur quota bonorum, vel hæreditatis, vt ei dicti effectus applicentur, & in hac quæstione vulgo existimatur [illegible] legitimam esse quotam bonorum non hæreditatis, per text. in *l. Papinianus, in §. quarta autem, supra de inofficios. testament.* Quarta autem inquit *Paulus,* accipietur scilicet deducto ære alieno, & funeris impensa,] & facit text. in *l. quisquis in §. ad filias.* ibi, emolumentum. *C. ad l. Iuliam maiest.* & ita tenet *Bart. in l. ex facto propenebatur, supra de hæredib. instituend.* vbi inquit, quod filius institutus in legitima non magis est hæres, quam si 18

in

in re quadam particulari instituatur, & est communis opinio secundum *Alexandrum in l. ita tamen, in §. si patronus, infra ad senatusconsult. Trebellian. Ias. in authentic nouissima, 2. column. de inoffic. testament. Marian. Socin in rubric. in num. 66. supra de legat. 1. Alexand. in l. plane, in §. si duobus, in numer. 5. supra de legat.* 1. ad quod faciunt regulæ supradictæ nostri text. cum lege sequenti, quo fit vt si propria authoritate eam occuparet, vbi non est designata in certis rebus, eam amitteret, vt est communis opinio secundum *Francisc. de Rip. in cap. sæpe, in num. 94. extra. de restit. spoliator.*

[illegible] opinio contra scribens.

Sed hæc opinio mihi numquam placuit, immo euidentissime est falsa vnica ratione, cui nemo vnquam poterit satisfacere. legitima filio iure isto debet titulo institutionis relinqui, vt *supra de liber. & posthum. in l. inter cætera,* non ergo est quota bonorum, alioqui impossibile esset eam solam relinquere titulo institutionis, cùm institutus in quota bonorum legatarius sit, non hæres, vt dictum est per *leg. quoties.* item institutus in re certa cum legatarius sit, non hæres præteritus dicitur, vt in *l. posthumo nato, C. de bon. poss. ff. contra tabul. & in lege penultim. C. de fideicommiss.* ideo verior est opinio *Pauli de Castro in dicto §. si patronus,* vbi est textus expressus, cui doctores non satisfaciunt. nam ibi patronus institutus in portione sibi debita, & restituere grauatus, potest cogi adire ex Trebelliano, ergo institutus est in quota hæreditatis. item textus *in dicta l. quisquis, in §. ad filias,* hæreditatis partem pro legitima concedit, item probatur expresse in *l. libertus qui soluendo, infra de bon. liber.* vbi non excluditur ille, cui debetur legitima, quod hæreditas soluendo non sit. nam & *l. inter cætera,* quæ filios instituere iubet, procedit siue hæreditas soluendo sit, siue non, alioquin testamentum erit nullum, ergo legitima non debetur in quota bonorum, sed hæreditatis, alioquin non existentibus bonis non esset necessaria institutio, & hæc est optima interpretatio ad *l. Gall. in §. in omnibus, supra de liber. & posthum.* vt in aliqua parte filius institui debeat, scilicet hæreditatis non bonorum, & ita institutus in legitima parte hæres est, institutus autem in quarta bonorum parte præteritus est cum legatarius sit, denique vbicumque legitima titulo institutionis debetur, quota est hæreditatis, vbi vero titulo legati poterit esse quota bonorum.

[illegible] ius quarta.

Neque huic nostræ opinioni obstat *dictus §. quarta,* quod debita legitimam excludant, quia hoc argumentum nihil euincit, nam debita excludunt vtilitatem hæredis. nam nihil sibi remanet, si plus debeat testator quam sit in bonis, & sua falcidia est, vt legitima filij, sed hoc non efficit quin sit hæres in tertia vel quarta in qua est institutus, hæres ergo debet esse filius in quarta parte hæreditatis paternæ, vtilitatem autem habebit illius quartæ partis, si bona sint, quæ supersint satisfactis creditoribus, hoc ergo magis efficit, vt quota hæreditatis sit, cum satisfacere pro quarta parte creditoribus debet, & ita hæredis falcidia similis ei erit, nihilominus tamen vt hæres eam capit, licet eam non habeat nisi deducto ære alieno, tamen nemo dixerit, hæredem in falcidia quotam bonorum habere, vt in *lege in quartam, ad legem Falcid.* item doctores ipsi volunt, non posse filio satisfieri in pecunia, quod non esset verum si portio sua quota bonorum esset, vt in *dicta lege cum amplius, in §. cum bonorum supra de legat.* 1. denique verius est filium in quota hæreditatis debere institui, non bonorum, hæredemque esse oportere.

Neque placere potest, quod filius institutus in legitima neque sit hæres, neque legatarius, sed tertia constituatur species, vt de instituto in re certa dicit *Bartolus in dicta lege ex facto,* quia falsum est, cum institutus in re certa simpliciter sit hæres, vel legatarius, si alius existat hæres, si vero alius non extat, hæres est. & hæc est clara & vera resolutio, filius autem in legitima institutus, cum sit in quota hæreditatis institutus simpliciter, & omni casu est hæres, quidquid doctores velint, qui malè in effectu eum legatarium iuxta *l. quoties,* constituunt, & verbalem quandam institutionem, & inhonorabilem potius confingunt, vt verbis, non re filio satisfiat, quasi officio paterno defungi sufficeret, quod tamen non verbis solis exhibetur.

Sed videamus de prælegato facto filio, 19
quod melioratio dicitur, quæ melioratio certe pars bonorum est, & tamen filius pro sua parte ad debita tenetur, & potest conueniri, vt probatur in *lege vigesimaprima Taur.* & ita videtur quod hæc differentia, quæ hic constituitur inter legatarios bonorum, & hæreditatis, per illam legem destruatur, quod quidam, quos glossularios hic *D. Petrus Peralt.* vocat, admirantur: ipse tamen eos *in numero decimosexto circa finem* reprobat, & merito, nisi male eum intelligo, neque ipse, qui defendit hanc differentiam hodie durare, huic difficultati satisfacit, licet *in num. 9. 10. 11. & 12.* de hoc tractet. nam quod ipse respondet, legem permittentem meliorationem acceptare repudiata hæreditate, intelligi debere sine præiudicio hæredis, hoc nihil efficit: quia si pars bonorum est, habebit prælegatum ex reliquo solutis prius debitis, quod nullum damnum infert hæredi, & hoc etiam est iuri communi consonum; in eo autem videtur esse contra ius commune, quod in eum, in quem pars bonorum transit, non transeunt actiones iure communi, & tamen videtur quod transeant per dictam legem 21. ideo opus est, huic difficultati satisfacere, & videre vtrum dicta l. 21. concordet cum iure communi, vel corrigat

rigat ius commune, quod nullum hucvsque satis interpretari arbitror, nos tamen rem perspicuam reddemus.

Et in primis illa pars illius legis, quæ permittit filio accepto prælegato repudiare hæreditatem concordat cum iure communi. nam iure communi hoc secernitur ab hæreditate, vt in *l. miles ad sororem, in §. pro parte, infra de legat.* 2. ideo repudiata hæreditate prælegatum accipere potest, vt in *qui filiabus, in §. final. de leger.* 1. ibi: Sed & si abstinuerit se hæreditate, consequi eum hoc legatum posse constat. & in *lege sequenti Iulianus.* & quidem legatum petere potest, quamuis à semetipso inutiliter ei legatum fuisset. quod verum est vbi cohæredem habet, alioquin repudiata hæreditate id non posset, vt est textus notabilis in *lege ita tamen in §. si perceptis, infra ad senatusconsultum Trebellian.* sed iure regni nostri etiam si solus sit, quia legata valent, etiam si hæres non adeat, vt est vulgatum, potest prælegatum accipere, igitur in hoc quod possit repudiari hæreditas, & percipi prælegatum, vbi ad eius confirmationem aditio eius, cui prælegatum sit, non requiritur, si cohæredem habet, concordat cum iure communi, vel si non habet idem est propter legem ordinamenti.

Secundum est quod non conuenitur, cui prælegatum factum est si hæres non sit, à creditoribus, vt in *lege 1. in §. si hæres, infra ad Trebellian.* sed in hoc videtur contradicere dict. l. 21. sed statim dicemus de hoc.

Tertium est quod si vtrumque accipiat & hæreditatem, & prælegatum, conuenitur pro parte hæreditaria, non prælegati, vt *in lege prima, C. si certum petat.* verum est quod minuitur prælegatum in effectu, cum deductis debitis intelligatur, vt hic cum l. sequent. & supra diximus. & facit dict. l. 21.

Quartum est, quod si soluto prælegato debita, quæ ante eius solutionem non fuerunt exoluta, detegantur, siue superueniant, quia stetit eorum conditio, iure communi per condictionem indebiti ab hærede repetitur, quod plus solutum est, quam foret, si illorum debitorum ratio habita fuisset, vt in *lege secunda supra de condiction. indebit.* & cautio etiam exigi ab ipso prælegatario potuit, vt in *lege prima per totam legem infra si plusquam, per legem Falcid.* recta tamen via iure isto digestorum non poterant creditores prælegatarium conuenire, licet possent in subsidium, vt in *lege final. versicul. plane. supra de eo, per quem fact. erit:* facit aquitas *l. si me, & Titium, & l. si eum seruum, supra si cert. petat.*

Quintum est, quod omnino debent solui debita ante legata, vel prælegata, si tamen postea superueniant, vel detegantur iure nouo ex legibus Iustiniani, poterit hæres, si inuentarium confecerit, recusare solutionem, & remittere creditores ad legatarios vel prælegatarios, qui plus debito acceperunt superuenientibus istis creditoribus, textus est singularis in *lege final. in §. & si præfatam, C. de iure deliber. in versic. sin vero creditores*, vbi inquit; Sin creditores, qui post emensum patrimonium necdum completi sunt, superueniant, neque ipsum hæredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparauerint res, quarum pretia in legata, vel fideicommissa, vel alios creditores processerunt, licentia creditoribus non deneganda aduersus legatarios venire, vel hypothecis, vel indebiti condictione vti, & hæc quæ acceperint recuperare.] ex isto textu fuit extracta dicta lex 21. cu- xc
ius verba sunt fere eadem, & ita in omnibus concordat cum iure communi, tantum abest vt possit dici esse contra ius commune, cum ab eo sit extracta, vt bene *D. Gregorius Lopez in lege secunda, titulo nono, parte sexta.* quod antequam id scripserit, interpretati sumus publice legendo *dictum §. & si præfatam*, neque ex hoc mutatur ius legis nostræ, sed prælegatum illud, bonorum quota dicetur, sicut & in *dicto §. & si præfatam*, legatarius nihil hæreditaris habere dicitur, sed bonorum, licet possit à creditoribus in ea specie conueniri, & ita remanet intactum ius commune, quicquid illi glossularij quos *D. Peralt.* vocat, contrarium affirment, hoc apparet, quia si in dicta lege vigesima prima prælegatum tertiæ vel quintæ fieret, quota hæreditatis nihil operaretur, filium posse repudiata hæreditate prælegatum accipere, si super hoc ab expungendis rationibus, & cura soluendi debita non liberaretur, meliusque ei futurum esset, si laboribus non liberaretur, hæreditatem accipere, & pro maiori vtilitate, quam pro minori eos labores subire, sed non est hæc lex nec filij hæreditatem repudiantis intentio, quæ laborem excusare permittit, neque debitis implicare, quod semper fiet, nisi solutis prælegatis creditores superueniant. hi enim casus non semper possunt prouideri, vt in *dicta lege final. in princip. C. de iure deliberand.* considerat imperator, & iurisconsultum in *dicta lege 1. infra si cui plusquam, per legem Falcid.* hic est verus & clarus sensus huius legis 21. quæ ex *dicto §. & si præfata*, fuit extracta.

Quod si dicas nihil in *dict. l.* 21. de inuentario dici cum *dict. §. & si præfatam* loquatur confecto inuentario, respondebo quod vbi inuentarium non conficitur, hæres non potest recusare soluere legata, neque poterit ad melioratum creditores remittere, vt in *dicta lege final.* & ita debet *dicta l. 21.* declarari, de qua vide latius *D. Ludouic. Molin in lib. 1. de primogen. Hisp. in c. 10 num. 13.* sed ex supradictis l. remanet satis clara.

An autem adhuc debeat non confecto inuentario minui melioratio, si creditores superueniant, possitque repetere hæres per condictionem indebiti, qui non confe-

cit

sit inuentarium, id quod plus habuit melioratus, quam habuisset, si ante creditores venissent, longioris est disquisitionis, & illius difficillimæ quæstionis, quam male doctores explicant, immo neque tangunt, vtrum legatum quotæ bonorum recipiat incrementum non confecto inuentario, cuius dubitationis ratio nedum eius decisio paucissimis est nota. sed potest clare determinari ex his, quæ nos latissime explicauimus in istis nostris interpretationibus in lib. 2. in cap. 7. quod caput omnino videatur, vt intelligatur aliquid in hac materia, quia verius est in legato quod fit per quotam bonorum, nihil efficere inuentarium fiat, vel omittatur, & ita dicta l. 21. locum habebit siue fiat, siue non fiat inuentarium.

21 Vltimo nota ex isto text. quod legata quæ Falcidiam non patiuntur, detrahuntur vt æs alienum, qualia sunt pretia seruorum manumissorum, alium etiam casum ponit *hic Bar. in fi.* in quo legatum vt æs alienum deducitur, scilicet quando est relictum in pias causas de quo infr. dicemus, alius est in *l. Nesennius in §. seruo herede, infra ad l. Falcid.* vbi legata à seruo instituto relicta respectu legatorum à domino relictorum æs alienum iudicantur, prius enim deducuntur. alius est in *l. quia autem supra si quis omissa caus. testat.* quando quis omisit causam testamenti, vt possideret ab intestato, nam tunc prius soluenda sunt legata, quæ ex testamento sunt relicta, quam illa, quæ ab intestato rogauit in codicillis testator: quos casus nota, quia forsan non reperies coniunctos.

22 Sed redeamus ad Bar. qui ponit quæstionem vtrum sicut æs alienum deducitur de legato partis bonorum, ita legata deducantur, & intellige Bar. hic vocare deductionem, idest prælationem an præferantur alijs legatis, ita quod in legato partis bonorum veniat pars ex eo, quod superest solutis legatis, non vt in ære alieno cum debitis commisceantur creditorum respectu, qui præferuntur omnibus legatis, nam de hoc non quærit Bar. neque etiam quærit vtrum solutio legatorum ad curam hæredis, vel legatarij partis bonorum pro sua parte pertineat, sed vtrum præferantur legatario partis bonorum in quo distinguit. dic vt per eum, qui etiam vult, quod sicut æs alienum detrahuntur pretia seruorum manumissorum, ita detrahantur legata pia, vt æs alienum, cum ex his lex Falcidia non detrahatur, vt in *authent. similiter, C. ad leg. Falcid.* sed *Raphael, Raimund. Cuman.* hoc non probat, nam dicit quod pretia seruorum manumissorum merito inter æs alienum computantur, quia libertates præferuntur filiorum legitimæ, & ex legitima vt æs alienum deducuntur, vt in *dicta lege Papinianus, in §. quarta autem, supra de inofficios. testament.* sed legata pietatis causa relicta legitimam non minuunt, sed minuuntur à legitima, quia potior est causa filij, vt notatur in *lege si quis ad declinandam, C. de episcop. & cleric.* siue teneas potiorem esse filium, & magis fauore dignum in omnibus bonis, siue in sola legitima, vt declarat *Decius in lege licet inter priuatos, C. de pact.* nos diximus in *dicto capite septimo.* & intelligas hanc quæstionem cadere vt fauorabilior sit filius, vel non, vbi patris voluntas non aduersatur: nam vbi aduersatur, non solum causa pietatis facta, verum omnia alia legata, salua legitima filio præferuntur, vt est notissimum, & tam *in dicto §. quarta*, quam in mille iuris partibus probatur, alioquin frustra legitima sibi esset taxata, si in omnibus bonis contra patris voluntatem possit vagare. Denique filius quo ad legitimam potior est causa pia, ergo secundum Raphaelem numquam causa pia loco æris alieni detrahitur contra Bartol. sed *Bartol. alibi* se declarat, scilicet, *in authentic. similiter C. ad l. Falcid.* vbi expresse dicit haberi legata pia loco æris alieni scilicet, vt non detrahatur Falcidia, sed non ad effectum ne fiat reductio eorum insimul cum alijs non pijs ad vires patrimonij. Finge vires patrimonij esse quadringenta centum ad pias causas legata, quadringenta alia legata esse ad non pias causas, omnia legata reducentur ad vires patrimonij, ita vt legata, quæ sunt quingenta, reducantur ad quadringenta, & ita pium legatum centum extenuabitur in quinta parte, & ita reducetur ad octuaginta, & alia reducentur ad trecentum & viginti, & ita nullum in hac reductione habebit priuilegium pia causa, licet postea ab illis octoginta non detrahatur Falcidia, & in hoc erit priuilegium, & istam opinionem Bart. videntur sequi doctores, vt refert *Alexand. in lege si post missionem, & in lege ex asse infra ad legem Falcid. & Gregor. Lopez in l. 1. tit. 11. pag. 6.* & pro ea allegatur text. qui videtur expressus in *lege si post missionem ad legem Falcidiam infra & in lege fin. eod. titul.* vbi legata quæ non patiuntur Falcidiam, quia fuerunt facta in militia cum alijs, quæ eam patiuntur, coniunguntur, vt omnia reducantur ad vires patrimonij, facta vero reductione erunt immunia ab alia secunda deductione, & hoc est quod hic Cuman. vult reprobando Bart. quia Bart. non ita se hic declarat.

Sed videtur quod legata pia licet per se debeant reduci ad vires patrimonij, tamen ad hoc non debeant cum alijs coniungi, sed omnino loco æris alieni haberi, & pro hoc, quia talia sunt pretia seruorum manumissorum, quæ loco æris alieni habentur, adeo quod non commisceantur cum alijs legatis, vt reducantur ad vires patrimonij, sed per se sola debent reduci: nam non possunt plures serui manumitti, quam bona patiantur,

tamen reductis solis legatis manumissorum ad vires patrimonij, si non remaneant alia bona, alia legata in totum erunt nulla, ergo idem dicemus quo ad legata pia, vt sola reducantur ad vires patrimonij, non iunctis alijs, nam videntur esse eiusdem rationis. neque obstat text. in *dicta l. si post missionem*, quia quo ad voluntatem defuncti non potest dari maior affectio in legatis factis ante missionem, quam post missionem, ideo simul debent reduci ad vires patrimonij, & ita est solum legis priuilegium. sed in legatis pijs, licet sit legis priuilegium; tamen ratione voluntatis defuncti præsumptæ id inducitur, quæ eadem ratione efficit, vt legata pia sint potiora & loco æris alieni, vt pretia seruorum manumissorum habeantur, & hæc videntur subtili ratione comprobari, & recte responderi *ad dictam legem si post missionem*. sed quia in iure non est expressum illud priuilegium piæ causæ prioris reductionis, sed tantum priuilegium quo ad l. Falcidiam, forsan esset melius non recedere ab opinione doctorum, licet simile de pretio seruorum manumissorum satis vrgere videatur, & pro eorum opinione faciunt, quæ dicemus *infra eod. in l. testamento in numer. 3.*

25 Et dic pretia seruorum manumissorum, vt æs alienum detrahi, intelligendo de seruis testatoris, quos manumittere testator iussit, cæterum si legauerit libertatem seruis alienis, siue pretium ad id constituerit, hæc legata, neque legitimæ præferuntur, cum text. in *dicto §. quarta autem*, loquatur de seruis, quæ erant in patrimonio testatoris, vt text. dicit in patrimonio suo.] alioquin esset in potestate patris alienos seruos manumittendo legitima filios priuare, ideo pretia seruorum alienorum, quos hæres manumittere tenetur, non præferuntur legitimæ, sed respectu Falcidiæ, & aliorum legatorum loco æris alieni habentur, vt in *l. eius serui infra ad l. Falcidiam*, vbi inquit Valens, Sed & si hæres seruum alienum rogatus est manumittere, placuit vt etiam huius pretium ex æstimatione hæreditatis deduci debeat,] & *Paul. in l. sed si non seruus eod. tit.* ibi, Si vero hæres seruum rogatus sit manumittere, placet pretium eius vt æs alienum deducendum esse.] Secus vero vbi legatarius relicta sibi pecunia rogatur manumittere, tunc enim non habetur loco æris alieni, imo Falcidiam patietur, vt *supra isto tit. in lege sed duobus, & infra ad l. Falcidiam in lege in testatoris seruo*, In testatoris seruo (inquit *Marcellus*,) non erit Falcidiæ locus, si vero pecuniam, aliudve quid legauerit, fideique legatarij commiserit, vt alienum seruum, vel legatarij manumitteret, locus erit.] Ratio est, quia tanti videtur seruum suum æstimasse, vt in *dicta lege sed si non seruus*, sed vt ibi dicitur, in redimendo alieno non cogitur plus impendere: quo fit, vt si Falcidia non detracta quantitas legata sufficiat, vt seruus emi possit, remanebit apud hæredem, sed non tenebitur plus impendere, quam testator ad id relinquit, quod si nullo modo sufficiet, potius ad legatarium sine onere remanebit, si seruus ea pecunia emi non possit. hoc enim magis proximum est testatoris voluntati, vt *C. de caduc. tollend. in lege vnic. in §. sed vt manifestetur, & infra de conditionibus & demonstrationibus in lege si quis eum*, & quæ dicemus *infra isto titulo in lege si quis quos*, melius *in lege qui testamento*, vbi est expressum.

Item in quantum *Bart. hic* vult, quod si le- 26
getur vni species puta seruus, vel domus, alij vero tertia, vel alia pars bonorum quod debeat præferri legatum domus, vel serui, ita quod in eis non debeat habere partem legatarius partis bonorum, quia generi per speciem derogatur, vt in *l. vxori in §. felicissimo infra titulo 1. de legat. 3.* si vero legetur quantitas, & non species, non sit potior legatarius quantitatis, sed fiat omnium contributio, vel computatio, vt in *l. qui quadringenta, & in lege Marcellus infra ad legem Falcidiam, Raphael. Cuma.* vult quod hæc distinctio vera non sit, qui certe satis obscure loquitur in hac re, neque satis cum ratione Bartol. reprehendit, *Contra*
nam primum dictum Bar. bene probatur in *Cuman.*
dicto §. fælicissimo. nam quod *Raph.* dicit, non esse magis speciale legatum domus, vel serui factum Titio, quam legatum tertiæ partis bonorum factum Sempronio, quod hoc in pecunia solui possit; vel in re certa, vt in *l. cum amplius, in §. cum bonorum, supr. de legat. 1.* verum non est, quamuis videtur expressum *in lege si domino Stichus eod. tit.* vbi si vni legatur Stichus, alij optio serui potest eligere Stichum, sed hoc argumentum potius euinceret, vt legatum partis bonorum in re alij legata hæres soluere possit, quod falsum est, loquitur enim ille text. quando optio legatario datur, non quando hæredi, qui etiamsi in vna re soluere possit partem bonorum, vt in *dicta lege cum amplius*, non tamen id posset in re alij legata, ne sit in potestate eius de cuius vtilitate agitur vt consistat legatum, vel non, vt in *l. si sub hac, infra de actio. & obligatio.* & semper amittit quis electionem, si ei concessa esset in eius potestate an debeat, vt *in l. 2. in §. Scæuola supra de eo quod cert. loc.* ibi, Extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius an debeat,] & text. elegans *in l. si id quod, infra de liberatio. legat.* ibi, Quia in arbitrio hæredis esse non debet,] quia obligatio non potest esse in potestate debitoris vt latius diximus in q. posita in *lege si filius hæres; supra de liber. & posthum.* in lib. 4. harum Selecta. interpretatio. & antea in lib. 2. in c. 6. non enim ita vni debet dari, vt alij adimatur, vt in *lege assiduis C. qui potior. in pignor. habe.* & in his terminis notatur per gloss.

glost. *in l. 1. C. commun. de legat. & in l. si fideicommissorum, infra vt in poss. leg. legat.* ibi, æquius est me eam rem habere, cui ea ipsa relicta est, quam te alterius fideicommissi nomine,] & ita distinctio Bart. vera est, vide text. in *l. quærebatur, infra ad l. Falcid.*

Vltimo nota quod *Raphael Cuman.* hic tentauit quandam nouam opinionem quod funeris impensa non debeat deduci vt æs alienum, vt minuatur legatum partis hæreditatis, nec transire in legatarium partis hæreditatis, sed quid ipse hæres suis expensis curare funus debeat, quia hoc cautiones antiquæ non comprehendebant, ideo hæres soluere teneretur, sed hoc omnino est falsum, & *ipsemet Cuman.* recedit rectè ab ista opinione: nam alioquin nunquam funeris impensa æris alieni loco baberetur.

27 Et adde quod æs alienum non diuiditur cum legatarijs partis bonorum, vel legatarijs rerum particularium, quibus reale onus non inest, vt in *l. cogi, in §. si quis hæres, infra ad senatusconsult. Trebellia.* licet diminuant legata, & ideo quantum ad debitorum solutionem, ratio prælegatorum non habetur, vt in *lege prima, C. si cert. petat.* & ita si sit hæreditas mille, & debita sint centum, & duobus hæredibus institutis æqualiter, alteri ducenta prælegentur, æqualiter soluent debita nulla habita ratione prælegati, nisi hæreditas non sit soluendo plene, quia tunc vel totum vel pars prælegati deficiet, vt in *l. si vniuersæ facultates, C. de legat. & in l. successores, & in l. à cohæredibus, C. ad legem Falcid.* quinimmo & si testator contrarium cauerit, velitque, vt ad vnum hæredem soluere debita pertineat, hoc non poterit in creditorum præiudicium, vt in *l. seruo legato, in §. si testator, supr. de legat. 1. & in l. cum qui ita, in §. te, & Titium infra de verbor. obligation.* licet quo ad ipsorum hæredum vtilitatem quod iussit testator, sit obseruandum, vt in *l. si vni. supra famil. herciscund. & in dicto §. si testator,* vide *infra in eod. l. legatorum*, melius in *l. cum ab vno,* vbi declarabimus.

SVMMARIVM

Ex l. Cum fundus.

1 *An accessio prosit legatario.*
2 *Area legata an ædificio diruto, debeatur legatum de intellect. l. si chorus de legatis 3.*
3 *Secundus illius l. intellect. Socin.*
4 *Quid in seruo legato libero effecto, postea iterum seruo an debeatur.*
5 *Ponitur verissimus intellectus Cumani.*
6 *Mutatione rei aliquando extinguitur legatum, aliquando cessat.*
7 *An legatum partis fundi recipiat augmentum.*
8 *Si legatur fundus cum dictione meus, an detur augmentum, & infra.*
9 *An augmentum inuoluntarium debeatur.*

Iabolenus, Cum fundus nominatim legatus sit, si quid ei post testamentum factum adiectum est, id quoque legato cedit, etiam si illa verba adiecta non sint. Qui meus erit, si modo testator eam partem non separatim possedit, sed vniuersitati prioris fundi adiungit.

Nota quod accessio rei legatæ legatario 1
prodest, eiusque legato cedit, facit *supra titul. proximo, in lege seruum filii, §. area, & in l. grege, & in l. si ex toto in principio, & in l. quod in rem, in §. penultim. cum concordant. allegat. in gloss. in dicta lege si ex toto,* Si areæ legatæ (inquit *Vlpianus in dicto §. si area*) domus imposita sit debebitur legatario, nisi testator mutauerit voluntatem.] & *infra isto tit. in l. si area.* idem inquit *Iabolenus,* alias Papinian. ex quibus legibus colligitur accessionem prodesse legatario, sine facto testatoris factam.

Sed contrarium in eadem specie respon- 2
dit *Celsus in lege si chorus, infra de legat. 3. in §. penultim.* vbi inquit, Area legata si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area facta sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur, ad istum textum respondit *Bartol. & doctores in dicta l. seruum filii,* quod ibi area legata non erat testatoris, sed aliena, in qua dominus areæ ædificauit, ideo non cedit in vtilitatem legatarij, quia incrementum illatum à tertio sine testatoris voluntate non auget legatum, vt infra dicemus, sicut quando augetur ab ipso legatario, vt in *lege cum ita, infra isto titulo.* ideoque si testatoris esset area, & ipse ædificasset, ædificium cederet legato, & istam interpretationem sequuntur doctores communes secundum *Iasonem in dicta l. seruum filij, in §. si pocula.* quæ solutio, si textus solum diceret ædificium non cedere, defendi posset. amplius dicit, legatum viriari, quod fieri non debet, ne sit in potestate tertij efficere, vt legatum non valeat. nam si scienter aream alienam legauit testator, quare æstimatio areæ nō debebitur? vt *C. de legat. in l. cum alienam,* euidens ergo est ædificium ibi impositum fuisse ab eo in cuius potestate est, irritum efficere legatum, ideo à testatore fuisse ædificatum. nam aream esse alienam, & non testatoris mera est diuinatio, nam & *infra de solutionibus in l. qui res, in §. aream,* expresse *Paul.* vult aream peti posse, & pretium solui debere, inquit enim, non est his similis area, in qua ædificium positum est, non enim desijt in rerum natura esse, immo & peti potest area, & æstimatio eius solui debebit.] & ideo etiam si area aliena esset, etiam domo in ea ædificata, vt antea debetur, & in ea constat obligatio, & æstimatio solui debet.

Secundum intellectum ad illum textum 3
post *Angelum de Perigl. in dicta lege seruum filij,* ponit *Socinus in dicta lege si ex toto,* quem ibi sequitur *Ripa in numer. 9.* quod *dict. l. si chorus,* concordet cum *dicto §. si area,* ita vt legata area propria superimposito postea ædificio debeatur

quidem non vt area sed vt domus, ideo quod dicit textus, quamquam antea cum ædificium erat impositum, peti non poterat, scilicet area diuisim, sed tota domus, nunc tamen diruto ædificio sola area peti potest: sed hic intellectus nullo modo defendi potest, quia intentio manifesta dictæ legis est, vt legatum extinctum sit, quod postea reuiuiscat, vt ex comparatione sequentis casus apparet, inquit enim, Seruus quoque legatus, si interim manumittatur, & postea seruus factus sit, peti potest.] denique *Celsus* existimat in vtraque specie legatum omnino extingui, interim quod res ad priorem non redit statum, tunc enim reuiuiscet.

Contra Angel. de Per. Soc. & Rip.

Tertius intellectus colligitur ex *dicta lege seruum filii*, qui, licet eum reprobent communes doctores, melior est omnibus supradictis, quod in *dicta lege si chorus* fuit mutata voluntas, quod animo adimendi legatum ædificauerit, in qua specie dubium non est cessare legatum, nam in *dicto §. si areæ, dicta legis seruum filii* dicitur, nisi testator mutauerit voluntatem.] nam diruto ædificio redire videtur voluntas, & valere legatum, idque exemplo serui legati manumissi. Hic intellectus etsi verus sit, erit de indubitabili, quia si constat de animo adimendi legatum, res est clara, item si postea constat de animo confirmandi diruto ædificio: nam alias legatum semel extinctum numquam confirmatur, nisi de noua voluntate constet, vt in seruo manumisso, qui ante erat legatus, numquam valet legatum, etiam si efficiatur seruus, nisi adsit noua voluntas, immo etiam inutilis manumissio, efficit legatum nullum. textus est singularis in *lege tertia, in §. si minor. infra de fundo instr.* qui casus est difficilior, de quo vide quæ dicam *infra eodem, in lege quidam testamento*, ideo inutilis est hæc interpretatio, opus enim est intelligere in dubio quid iuris sit ex rei natura.

Ex natura autem rei certum est, si seruus legatus manumittatur adeo extingui legatum, vt sine noua voluntate non reuiuiscat legatum, etiam si seruus iterum efficiatur, vt in *l. seruum legatum in §. fin. infra de adimend. legat.*

4 nam manumissione extinguitur legatum etiamsi inutilis sit manumissio, vt in *dicto §. si minor in lege tertia de fund. instruct.* quod videtur contra *dictam l. si chorus.* & ita & in seruo sunt leges contrariæ sicut & in area, in quibus si voluntatem testatoris claram adijcimus, vana est dictarum legum dispositio.

Intellect. verus Cum.

Ideo verius puto quod subtiliter vt omnia alia dicit *Cuman. in lege inter stipulantem in §. sacram. de verbor. obligat.* quod in hac re errauerit *Celsus in dicta lege si chorus* in vtroque responso tam in legato areæ postea domo ædificata, iterum ad aream reuersa, quam in seruo legato manumisso, iterumque in seruitutem redacto.

Primo in eo quod comparauerit istos casus manifesto errauit, putauit enim quod sicut seruo manumisso ex rei natura extinguitur legatum, sicut alienato, vt in *l. cum seruus, infra de adimend. legat.* ita area ædificata extinguatur areæ legatum, quod falsum est.

Secundo, quia putauit legatum serui reuiuiscere ex rei natura sine noua voluntate. nam in vtroque errat *Celsus*, vt apparet ex *Paulo in dicto §. sacram.* vbi *Paulus* expresse ponit differentiam inter res, quæ omnino amittunt suam naturam, & illas quæ remanente priori mutantur aliquo modo, inquit enim, Sacram vel religiosam rem, vel vsibus publicis in perpetuum relictam, vt forum, aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor: quamuis sacra profana fieri, & vsibus publicis relicta in priuatos vsus reuerti, & ex libero seruus fieri potest. nam & cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse cœperit, aut Stichus ad libertatem peruenerit, neque reuocantur in obligationem; si rursus lege aliqua, & res sacra profana esse cœperit, & Stichus ex libero seruus effectus sit: quoniam vna atque eadem causa & liberandi, & obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. nam etsi nauem, quam spopondit, dominus dissoluit, & isdem tabulis compegerit, quia eadem nauis esset, inciperet obligari, pro quo & illud dici Pedius scribit, si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo donec nascatur, & si natum sine culpa promissionis consumptum sit, rursum expectare debeam, donec iterum nascatur vt dari possit, & per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem. sed hæc dissimilia sunt, adeò enim cum liber homo promissus est, seruitutis tempus spectandum non esse, vt ne quidem stipulatio de homine libero probanda sit, illum cùm seruus esse cœperit, dare spondes? item eum locum, cùm ex sacro, religiosóve profanus esse cœperit, dari? quia nec præsentia temporis obligationem recipere potest, & ea dumtaxat, quæ natura sui possibilia sunt deducuntur in obligationem, vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur, & tacite in ea tempus continetur, homo liber certa specie continetur, & casum aduersamque fortunam spectari, hominis liberi, neque ciuile, neque naturale est. nam de his rebus negotium rectè geremus, quæ subiici vsibus dominioque nostro statim possunt, & nauis si hac mente resoluta est, vt in alium vsum tabulæ destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen & perempta prior nauis, & hæc alia dicenda est: sed si reficiendæ nauis causa omnes tabulæ refixæ sint, nondum intercidisse nauis videtur, & compositis rursus eadem esse incipit, sicuti de ædibus deposita tigna ea mente, vt reponantur, ædium sunt: sed si vsque ad aream deposita sit, licet eadem materia

tena testi... tur, al... erit, h... tractatus etiam ad prætoria stipulationes pertinet, quibus de re resti tu... a cauetur, & an eadē res sit, quęritur. ... ita in his speciebus expresse reprehendit Cu... *in l. qui res, in § aream, infra de solutio.* adeo quod ... intellectus Cumani est ita manifestus vt nullus negare possit, nam *dicta l. si chorus* est Celsi, & *dicta l. seruum filij* est Vlpiani, *dicta l. si seruus*, est Pauli, & *dict. § aream*, est etiam Pauli, sed videamus verba *Pauli in dicto § aream*, reprehendentis Celsum, aream promisi alienam, in ea dominus insulam ædificauit, an stipulatio extincta sit, quæsitum est, respondi, si alienum hominem promisi, & is à domino manumissus est liber est, nec admissum est, quod Celsus ait: si idem rursus lege aliqua seruus effectus sit, peti eum posse; in perpetuum enim sublata obligatio restitui nō potest, & si seruus effectus sit alius videtur esse, nec simili argumento vsus est, si nauem, quam tu promisisti, dominus dissoluerit, deinde iisdem tabulis compegerit, teneri te. hic enim eadem nauis est, quam te daturum spopondisti, vt videatur magis obligatio cessare, quam extincta esse: homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam nauem posuerit, vt in alium vsum conuerterentur tabulæ, deinde mutato consilio eadem composita sit. alia enim videbitur posterior nauis, sicut ille alius homo est, non est his similis area, in qua ædificium positum est: nō enim desit in rerum natura esse, imo & peti potest area, & æstimatio eius solui debebit, pars enim insulæ area est, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit. Diuersum dicemus, si seruus promissus ab hostibus captus sit, hic interim peti non potest, quasi ante diem, sed si redierit postliminio recte tunc petetur. cessauit enim hic obligatio, area autem extat, sicut cætera, ex quibus ædificium constitit, denique lex duodecim tabularum, tignum ædibus iniunctum vendicari posse scit, sed interim solui prohibuit pretiumque eius dari voluit. Ex istis verbis ... paret errasse Celsum & multum, nam ex hoc responso colligitur mutata re aliquando extingui obligationem, vel legatum, aliquando cessare. vel suspendi, aliquando neque ... neque suspendi, vt in area superimposito ædificio, & in tigno iniuncto, in quibus etiam mutata forma, non cessat dispositio, imo peti possunt, licet solutio in æstimatione fieri de... ca... se... uo autem manumisso, & naue dissol... e... intentione vt non reficiatur, cessare, ... edi vero in ... se... uo ab hostibus capto, in naui ... ta eo animo, vt reficiatur, in area vero impo... ab alio ædi... io, vt diximus, neque cessare, neque suspendi legatum, vel obligationem, imo & etiam ædificium, si id testator fabricauerit, vt *... dicta l. seruum filij. & infra eod. in l. si area.* Errauit ... g... *Celsus* dum legatum extinctum putauit ... cum ... re, & dum aream legatā postea ædificatam seruo in... numisso comparauit, cum in area ne... que extincta sit obligatio, neque quod minus est ... cessauerit, sed etiam adhuc superimposito ædificio stante peti possit. & vid. *l. tam, infra de legat. 2.* & ita intellectus Cuma. est subtilis, verus, & singularis, qui ingenio omnes alios nostro... doctores excellit, licet aliqui non eum intelligentes sępissime eum reprehendant. Retuli verba iurisconsultorum, quod libentissime facio: semper hoc enim vtilissimum est iuris nostri professoribus, vt verbis iurisconsultorum assuefiant, eorumque responsa proprijs digitis habeant notiora, si nomen iurisconsultorum velint merito adipisci.

Laus Cumani.

Et notandum est, quod *Cumanus* reprehendit copilatores, quia posuerunt *dictam l. si chorus in ff.* cum tamen opinio Celsi ibi posita fuerit ... probata, cum *Iustinianus* resecata omnia contraria dicat in *s. ta copilatione in §. quibus in t. constitutione C.* sed omnium habere memoriam & penitus in nullo peccare diuinitatis magis quam mortalitatis est, inquit *Iustinianus, in constitutione tanta, & confirmatione. ff.*

Sed redeamus ad nostrum tex. & oppono quod non sit verum accessionem rei vtilitatem afferre legatario, nam si legem partem fundi, aliamque partem redimam, non debetur legatario totus fundus, vt notatur in *l. serui electione in § fin. sup. de legat. 1.* vbi glo. expresse hoc dicit, & doctores communiter sequuntur, ideo respondetur secundum eos, aliud est in legato fundi, aliud in legato partis fundi, quod non recepit augmentum, & idem in priori casu si fundum suum nominauerit, habens tantum partem tempore testamenti: tunc enim pars, quæ postea accedit, non venit in legato, quia dictio meum restringit legatum ad tempus testamenti, vt *in l. si ita, infra de auro & argento legat.* & ita determinant doctores *in dicta l. serui electione*, sed eorum opinio placere non potest, & in vtroque errant, quia etiam si pars legetur, quicquid postea accedat legatario debetur, quia licet amittat nomen partis, quæ l... est, & efficiatur totum, non tamen hoc efficit, quin totum debeatur, si accessione totum effectum sit testatoris. nam hoc contingit in area legata, quæ ædificata domo, areæ nomen amittit, & tamen legata area domus debetur ædificata, vt *in dicta l. seruum filij, & infra eod. l. si area*, vbi inquit *Iabolen.* si areæ legatæ post testamentum factum ædificium impositum est, vtrumque debebitur, & solum, & superficies. & hoc est optimū simile, quia etiā in superficie sola poterat adhuc durare legatū, vt in *d. § areā, in l. qui res de solut.* licet alia ratione ibi est legatu... s. 7

Error doctorum.

Itē quo ad legatū factū d... cto pronomine meum, non est verum accessionē non deberi, nihil enim interest, legem fundum, vel fundū meum, quod & tex. noster significare videtur, non obstat tex. *in d. l. si ita, infr. de auro & arg. leg.* nam loquitur in rebus, quæ sunt separatæ, licet nomen sit aptum comprehendere, nam si vestes legem, noua vestis postea facta non veniet, quia non iunguntur re ipsa, secus si fundum 8

dum meum legem, quia id, quod ei adiungitur, veniet, nam & in vestibus ipsis legatis si manica adiungatur, vel aliud ei assuatur, veniet in legato, quia vnum corpus efficitur, idem erit in fundo suo legato, si pars adijciatur, quia vnus fundus efficiatur, Si modo testator eam partem non separatum possedit.] vt dicit noster text.

Hoc tamen quod dixi contra doctores, quod accessio partis prodest legatario, verum est, nisi accedat ex necessitate iudicij communi diuidundo, vel simili diuisorio iudicio, vt doctores volunt contra *Bar. in dict. l. serui electione, in §. fi.* quia *Bart.* volebat quod tunc veniret semper totus fundus per *l. Iulianus in §. idem Celsus*, sed ille text. nihil facit, quia loquitur in contractu oneroso, vt euitetur communio. cuius iam est in potestate venditoris. sed contra Bart. qui magis commu. reprobatur secundum *Iaso. num. 12.* licet eum ipse approbet, facit, quia incrementum, quod superueniet ex facto tertij non cedit legatario, & ita vbi ex facto iudicis contingit, sed si instante testatore res tota sibi adiudicaretur iuxta *l. ad officium commun. diuidund.* quia voluntate sua id contingit, contra erit. quæ omnia vera puto, nisi accessio ex titulo lucratiuo fieret, quia tunc existimo, quod cederet legato, vt dicitur in augmento quod fit per alluuionem, & sic sine facto testatoris *supra de lega. 1. in l. quod in rerum.* & ideo si in area testatoris tertius mala fide ædificaret, quia impensam amittit, & est titulus lucratiuus cederet legatario, licet per tertium incrementum adijciatur. ad quod facit *l. si quis vxoris in §. pe. infra de furtis, & in l. inde Neratius in principio, supra ad l. Aquil.* & facit materia iuris accrescendi. idem si legata proprietate vsufructuarius cederet vsufructui, vel pro derelicto partem suam socius rei legatæ habe. t.

Ex his contra Bart. l. & doctores apparet, non esse quantum ad incrementum constituendam differentiam inter fundum legatum simpliciter, vel fundum cum adiectione meũ, cum non possit ratio diuersitatis ostendi, imo contrarium probetur in iure, dictum est; & ita male *Bal. & Soci. in dict. l. seruus electione.* nam licet alias fiat differentia, adijciatur pronomen meum, vel non, idest verum, vbi non fit rerum conglutinatio, vel admixtio, vt in vestibus dictum est, vt ad tempus testamenti legatum restringatur, vt in *dict. l. si ita, & in l. fi. infra de option. leg. ii.* at in adiectione, quæ fit commiscendo, nulla fiat distinctio, quæ admittenda foret etiam in fundo, si fundo Seiano legato, in quo plures fundi comprehenduntur suis terminis constitutis, alius fundus adijceretur, non vt termini misceantur, sed vt sub nomine Seiano comprehendatur, quia tunc fiet eadem distinctio, quam in vestibus fieri diximus. est enim similis iste casus, quia ager agro, tamquam vestis vesti coniungitur, non per commixtionem finium. sed nominis comprehensione, quod intellige nisi illud prædium ad vsum aliorum esset comparatum, quia tunc accederet legato, vt in *l. prædijs, in §. balneas infra de legat. 3.* [illegible] *in Seio, in §. [illegible] tande, infra de fund. instruct.* secundum *Soci. in l. [illegible] de reb. dub.* vbi text. loquitur de prædio continente sub se alia multa prædia sub eodem nomine, quæ opinio Soci. vera videtur, licet text. illi non probent plene, ex supradictis possunt colligi multa.

Primum, quod incrementum quod facto testatoris accedit in re legata prodest legatario, vt hic cum concordantijs, quando legatum est factum simpliciter. 10

2. Idem est, si fiat cum adiectione pronominis, meum, & comprehendit etiam incrementum, quod fit per adiectionem contra doctores.

3. Est, quod non comprehendit incrementum illud quod fit alio modo quam per coniunctionem.

4. Si legetur pars fundi, etiam incrementum debetur legatario contra DD.

5. Incrementum quod fit per naturam prodest legatario, vt *l. sæpe de leg.* 3.

6. Incrementum quod fit à tertio in damnum testatoris non prodest legatario, vt in *l. pen. infra de aur. & argen. legat.*

7. Incrementum quod fit à tertio in lucrum testatoris, prodest legatario.

8. Incrementum quod fit facto legatarij, numquam ei prodest, vt in *l. cum ita, infra isto tit. in principio.*

9. Incrementum intrinsecum semper prodest legatario, & hoc est clarum, licet supra non sit dictum: incrementum intrinsecum est quando crescit valor ipsius rei, vt dicitur in *l. vni. C. de sententijs, de interesse intrinseco per Bar. & docto.* quod est vulgatissimum, adeo vt impossibile sit si commisceantur plures pecuniæ dici incrementum intrinsecum, licet *D. Peral.* qui verborum solet esse scrupulosus indagator, id intrinsecum appellet, qui etiam adiectionem alterius partis prædij etiam intrinsecum incrementum vocat.

Ex his posset conflari longa distinctio inter incrementum intrinsecum & extrinsecum, inter incrementum commixtum vtrum verba legati respiciant præsens, vel futurum, item inter incrementum factum à testatore, & à legatario, & à iudice, & generaliter à tertio & [illegible] ex titulo oneroso, vel lucratiuo, quam distinctionem fac tu ipse, & similiter posset distingui circa materiam mutationis formæ rei legatæ iuxta *dictum §. aream* & supradicta.

Diximus de augmento, de diminutione autem parum est quod dicamus, cum semper diminutio rei legatæ noceat legatario, vt *in dict. l. si ex toto in princip.* nisi hæredis culpa post mortem contingente fiat diminutio ex his, quæ diximus *supra isto tit. in l. si quis seruum in principio.*

Vltimo [illegible] quod de augmento iudicatur, sicut de re [illegible] ipsa, quæ augetur, sic *C. de iure dott.* 11

§. in l. etiam, & supra etiam *de iur. doct. in l. 4. infra de precario in l. ed si manent, & supra de ser. itr. in leg. Labeo, & supra de v. usfruct. l. & in l. in fundi, versic. hunc vicimus cum concordant. ibi allegat. in gloss.* text. vbi *Bartol.* ponit quæstiones *in l. damni infecti, in §. si is, qui binas infra de damn. inf. et. & in leg. 2. in §. quod de frumentaria. infra de administration. rerum ad ciuit. pertinent. & in l. pater militis in §. final. infra de castrens. pecul. Bartol. in l. 2. infra de verbor. signification. in fin. Hippolyt. singul. 200. & Ioan. de Neuisan. in consil. feudal. consil. 16. colum. 16. Boer. decis. 284.* latissimè *Tiraquell. in tract. de vtroque retract. in 2. parte in §. 1. in gloss. 18, in num. 51. cum sequent.* & vide tractatum Alberti Bruni.

Sed opponitur quod non sit idem iuris de augmento quod erat de re aucta, vt in *l. si cum Hermes, C. locat.* nam & ille text. procedit etiam si nondum finita locatione priori fieri prorogatio. Solutio. augmentum est eiusdem rationis quoad ipsos augentes, non vero quoad præiudicium tertij cui augmentum non præiudicat, vt ibidem. faciunt multa ex his, quæ supra diximus, & vide *Tiraquell. vbi supra in num.* 58. & text. in *cap. Quanto, extrauagan. de censib.* & vide *l. creditor oblatam, infra de solut.*

S V M M A R I V M

ex l. Statu liberum.

1 *Conditio imposita in libertate, an trahatur ad legatum seruo factum.*
2 *Legatum seruo proprio relictum, quando valet, & numer. 4.*
3 *Difficilis est hac materia.*

P*omponius*, Statu liberum ab hærede, ne tunc quidem, cum dubia sit eius ex testamento libertas, legatum sine libertate accipere posse, ab eo ait, quia seruus eius esset, sed si hæres eadem conditionem legato inferat, quæ libertate à testatore data præposita fuerit, valet legatum. nam & si cum moreretur hæres, seruus liber esse iussus esset, recte sine libertate ei ab hærede legari posse constitit, quia superuacuum sit ei libertatem dare, quam ex testamento hæredis capturus non sit, sed ex testatoris habet.]

1 Opponitur quod ne legatum vitietur, conditio, quæ imposita est libertati, insit legato, & cessionem legati remoretur, vt in *l. qui fideicommissariam libertatem, C. de fideicommiss.* Solut. ibi legatum fuit simpliciter factum seruo, ab eod. quo libertas sub conditione erat relicta, ideo suspenditur legatum aliud ex conditione legato libertatis adiecta, sed in hoc textu à diuersis fuerunt hæc legata relicta, ab vno libertas, ab alio vero testatore aliud legatum, & ita legatum purum seruo proprio factum, etiamsi is seruus statu liber sit, non valet, vt hic, quia
2 vbicumque cedit prius legatum proprio seruo relictum, quam libertas ei debita, nullum est legatum, vt ex Iuliano *Marcell.* probat in *lege Iulianus noster, infra de condition. & demonstrat.* vbi vult quod etiam si legatum ab eod. relinquatur tamen ita vt non possit cedere libertas ante aditam hæreditatem, legatum vitiatur, quia regula Iuliani ponitur, in *l. quæsitum, in §. præsenti supr. de leg. 1.* vbi ita inquit, Præsenti quidem die data libertate seruo legari vel pure, vel sub conditione poterit, cum vero libertas sub conditione data fuerit, aliàs vtiliter, aliàs inutiliter pure legabitur. nam si ea conditio libertatis fuerit, vt patre familias statim mortuo possit ante aditam hæreditatem existere conditio, veluti Stichus si decem Titio dederit, vel capitolium ascenderit liber esto, vtile legatum est. huiusmodi autem conditiones si hæredi decem dederit, si post aditam hæreditatem capitolium ascenderit, inutile legatum efficient, necessario autem hærede scripto ex asse etiam hæ conditiones, quæ ante aditam hæreditatem impleri possunt, inutile legatum efficient.]

Sed opponitur, si hæc regula vera esset, nunquam legatum cum libertate fideicommiss. relictum valeret, cum libertas non cedat nisi ab adita hæreditate, vt in *l. vni. in §. libertatib. C. de caduc. tollend.* sed clarum est quod valet, immo semper eadem conditio, quæ libertati erat adscripta, videtur in legato repetita, vt legatum valeat, vt in *d. l. qui fideicommiss.* & expresse probatur in *l. qui concubinam, in §. cum in testamento, infr. de legat. 3.* Cum in testamento, inquit *Labeo*, scriptum esset, Sticho seruo meo hæres quinque dato, & si Stichus hæredi meo biennium seruierit hæres esto: post biennium legatum deberi existimo, quia in id tempus legatum, & libertas referri debuit, quod & Trebatius respondit.] Item *Paul.* etiam *in l. si quis seruo, infra isto tit.* ita inquit, Si quis seruo suo fideicommissariam libertatem reliquit & aliud scripsit; quidam dicunt, quia placebat ab hærede eum manumitti, debere futurum esse vt non admittatur ad fideicommissum, sed hoc iniquum est. in huiusmodi enim persona vtriusque quodammodo dies cessit, & libertatis, & pecuniæ petendæ.] & *Vlpianus in l. hæredis aditi, & in l. nam cum libertas, infra quand. dies leg. ced.* ibi, Nam seruo legati relicti ante aditā hæreditatem dies non cedit.] & *in l. nam cum*, Nam cum libertas non prius competat, quam adita hæreditate æquissimum visum est, nec legati diem ante cedere.] Quid in hac re tam difficili dicemus? ego puto quod conditio adiecta libertati ab 3
cod. testatore, & legato adiecta videatur. vt dictis legibus, & ita cedant & libertas & legatum eod. tempore, vt in *dict. l. qui fideicommissariam, & in dict. l. vni. de cadu. tollend. & in dict. l. hæredis & in l. cum libert. & in dict. l. qui concubinam, & in dicta l. si quis seruo.* non obstat *dicta lege quæsitum*, quia ego intelligo quod *Iulianus* fuit in sententia contraria, vt in legato non videatur repetita conditio libertatis, sed

vitietur

videtur potius legatum, cuius opinio æquitatis causa non sit admissa, licet forsan iuris rigore vera esset, & ita inter illos qui reprobantur in *dicta lege si quis seruo.* vbi dicitur, quidam dicunt,] erat Iulianus à quo discedit *Paulus, Vlpianus, Labeo, & Trebatius*, quem *ipse Labeo* refert. nam quod *Bartolus* voluit quod *dict.* §. *præsenti* intelligatur, quando testator expresse dixit, se legare purè decem & libertatem sub conditione, vt in ea specie inualidum sit legatum, quia non potest suspendi conditione libertati adiecta, non placet. non enim debemus credere ita supinum esse testatorem, vt expresse rem impossibilem statueret, & licet Bartoli interpretatio videatur probari in *dicta lege nam cum libertas.* vbi dicit, alioquin inutile fieret legatum, si dies eius cessisset, antequam libertas competeret, quod euenit si seruo purè legetur, & liber esse sub conditione iubeatur, & pendens conditio inueniatur, etiam post aditam hæreditatem.] tamen exponi debet, quod euenit, scilicet si conditio libertatis non remoretur etiam cessionem legati, & ita potius ponitur exemplum inconuenientis supra positi, quam species noua.

Et hæc interpretatio semper mihi placuit, sed nunc subsisto motus Marcelli sententia in *lege tertia infra de seruitute legat.* qui in non dissimili specie respondit conditionem legato adiectam non trahi ad aliud legatum ei accessorium, etiamsi ex hoc vtile legatum fiat, inquit enim, Quamquam si sub conditione quis fundum legasset, viam purè aut pro parte, fundum purè pro parte sub conditione, & viam sine conditione, si pendente ea legati dies cessisset, interiturum fore viæ legatum.] ideo forte tenenda erit opinio Bart. vt intelligatur & ista, & illa lex, vbi testator expresse dixit se purè, vel præsenti die legare, alioquin conditio prædio adiecta ad viæ legatum, & conditio libertatis ad aliud legatum traheretur, & nota quod *lex cum seruus, suprà de condition. instiut.* quam *Bartolus* allegat, parum facit, quia loquitur in casu contrario, quando libertas est data purè. sed in argumentum trahi potest, quia & ibi conditio vnius dispositionis trahatur ad aliam, sed benefacit *l. final. in* §. *final. infra de verbor. obligation.* vbi purè sumitur, vbi expresse purè dicitur, non vbi simpliciter. Vltimo nota quod *dict. l.* 3. *de seruitut. legat.* est corrupta in fine. vbi enim legitur deecssisset, debet legi dies cessisset, vt & animaduertit *Cuiacius libr. 1. obseruat. in numer. in cap.* 23.

Item nota ex textu nostro quòd statu liber interim dum conditio libertatis non venit, in dominio nostro est, vt hic & in *l. generaliter, in* §. *final. in* [illegible] *qui & à quibus.* & idem quo ad dominium cuiuslibet rei sub conditione legatæ,
4 quia interim dum conditio venit apud hæredem est, vt in *l. non ideo minus, supra de rei vendicatione.* & facit *l. final. in* § *sin autem sub conditione infra commun. de leg.* multa diximus in libello de redditibus ecclesiast. in 3. parte, in cap. 6. numer. 11. ex ista ratione legatum purè statu libero nostro relictum nullum est, quia seruo proprio fit, vt hic.

Sed quæro quid si ante testatoris mortem conditio libertatis extiterit, vtrum legatum valeat, quod videtur: nam cessat ratio, est enim capax legati eo tempore quo dies eius cedit, sed contrarium est verum. nam propter regulam Catonianam legatum impeditur, vt in *l. 2. infra de regula Catoniana.* & est expressum *in* §. *an seruo heredis, institut. isto titul.* ex supradictis *& gloss. & Bartol. hic* distingue, vtrum legatum seruo proprio relictum valeat, aut alij legatus est, & valet semper legatum seruo factum, vt in *l. seruo legato de legat.* 1. aut nulli legatus est, & si fiat legatum à milite valet, quia videtur ei data etiam libertas, vt in *authentic vt liber cæter.* aut à pagano, aut cum libertate, aut sine ea, si cum libertate, aut legatum libertatis est purum, & aliud purum, vel sub conditione, & valet semper, vt in *l. cum seruus, supra de conditionib. institut.* aut libertas est sub conditione, aut ab alio testatore est relicta, & legatum non valet, vt hic, aut ab eodem, & tunc si dicat expresse relinquere legatum purè & non valet, aut simpliciter, & valet, quia videtur repetita conditio, vel etiam legato adiecta, vt in dictis legibus, si sine libertate, aut est legatum alimentorum & valet, vt *infra de aliment. legat. in l. seruo*, aut alterius rei, aut est proprius in solidum, aut cum alio communis, si communis valet, vt in *l. seruus, C. de legat.* aut sub conditione & valet, si ante aduentum conditionis sit effectus liber, vel sit alienatus, vt in §. *an seruo, cum* §. *sequenti, institut isto titul.* item nota istum textum in fin. concordat *infra eod. in l. vnum ex familia, in principio de legat. 2.* facit *C. de vindict. liberta. l. 2.*

Vltimo, vt dixi lib. 7. in cap. 8. hæc l. induci potest ad materiam *l. seruo manumisso, sup. de condict. indeb.* sed de hoc alibi, ne tot subtilitates simul cumulentur.

S V M M A R I V M

Ex §. *Stichum.*

1 *Electio data hæredi ad tempus transit in legatarium, non tamen per contrarium si legatario detur.*
2 *Vna ex rebus alternatiuè perempta alia remanet in obligatione.*
3 *Post electionem semel factam non licet variare in vltimis voluntatibus, quid in contractibus.*
4 *Requisita ad optionem sunt plura.*
5 *Exhibitio rerum legatarum requiritur ad optionem.*
6 *Inter optionem & electionem an sit differentia.*
7 *An opus sit, vt hæreditas sit adita optionis tempore.*
8 *De transmissione legati optionis.*
9 *Quid de legato alternatiuo an transmittatur.*

§. Stichum,

§. Stichum, aut Pamphilum vtrum hæres meus velit, Titio dato dum vtrum velit date, eo die, quo testamentum meum recitatum etit, dicat, si non dixerit hæres Pamphilum, aut Stichum date malit, perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, vtrum legatarius elegerit, si dixerit se Stichum dare velle. Sticho mortuo liberari eum, si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter, qui supet erit, in obligatione manebit, cum autem semel dixerit hætes vtrum dare velit, mutate sententiam non poterit, & ita Iuliano placuit.]

Nota quod electio concessa hæredi ad tempus transit ad legatarium post illud tempus, quid si optio tibi detur tempore non constituto videtur quod debeat statim optare, vt in *l. cum quidam la magn. vi.* ibi licet loquatur de electione personarum. quid si per contrarium detur optio legatario infra certum tempus, vtrum eo tempore transacto optio ad hæredem transferatur? quod videtur, vt idem iuris sit in
1 casu oposito, vt *supra de vulgar. in l. & si contra tavulas*, sed contrarium puto, vt legatarius infra tempus à testatore pręfinito non eligens ammittat legatum, vt *infra de option. lega in lege si tibi electio & in l. cum optio*, vbi non transfertur optio in aduersarium, sed ammittitur potius legatum, inquit enim ibi *Terentius Clemens*, cum optio duorum seruorum Titio data sit, reliqui Mæuio legati sint, cessante primo in electione, reliquorum appellatione omnes ad Mæuium pertinent,) quod iustissimè inductum est, si enim in tuam vtilitatem eligere non vis, quare alterius electionem requiris? imputetur tibi si id, quod facere poteras, non fecisti, vt in *lege si pupilli in §. videamus supra de nego. gest*, pro hoc *in lege mancipiorum. infra de optio. lega.* quę non transfert electionem ad hæredem sed sentit extinctum esse legatum, ibi actionem legatorum non competere,) quod in die à testatore imposito dubium non est, cum post illum non possit mora purgari, vt in *lege Thais in §. intra infra de fidei commissa. liber.* licet in *dicta lege mancipiorum* post diem impositum à iudice possit mora purgari & hæc dicta sint de electione data à testatore heredi vel legatario, vbi enim tertio committitur electio, post annum transfertur in legatarium, secundum formam positam in *lege fin. in §. sed si quis C. commu. de lega.* & vide multa quæ ponit hic optime *Albericus*.

Sed opponitur cum glo. quod non valeat relictum in voluntatem hæredis, vt *supra tit. primo in lege senatus in §. legatum*. Sol. secundum glo. hic non semper est in voluntate hæredis cum transacto tempore electio pertineat ad legatarium, vt dic dicitur, sed hæc solutio superflua est: nam licet non possit legatum conferri in voluntatem hæredis vt valeat, vel non simpliciter, potest tamen conferri an valeat in hac vel illa re, & ita an debeatur hæc vel illa ex duabus, pluribusve rebus, sicut de personis dicitur, an debeatur huic, vel illi, non simpliciter an debeatur, vt in *lege virum, in §. cum quidam, & de reb. dub. infra isto tit. in l. si Titio aut Seio*, facit text. supra *eod. in l. si quis seruum, in §. inter duos.*

Item nota quod perempto homine iam electo perit legatum, ratio est, quia res perit periculo domini, vt in *lege pignus C. de pignorat. action.* post electionem autem dominus erat legatarius, vt in *lege apud Aufidium, infra de option. legat.* idemque erit si res non efficeretur sua, quia puta sibi ex alienis seruis esset data optio, nam etiam si teneretur hæres ad æstimationem, vel pretium tamen vbi debetur ratione certe speciei, illa perempta liberatur, vt in *lege Titie textores in §. fi. & in l. filius familias. in §. fi. supr. de legat. 1.*

Item nota quod si vna ex rebus alternatiuè
legatis pereat, altera remanet in obligatione, 2
quasi ea sola legata esset, sic *infra de option. legat. in lege si optio seru*, etiam, si optio fuerit hęredis vt huc: neque enim dicere poterit se electurum mortuum, facit text. in *lege si vsus fructus, & in lege cum ita in principio, infra quand. dies legat. ced.* & ita ne legatum pereat, electio addimetur hæredi, vt diximus *supra eod. in lege si quis seruum, in §. fi.* per tex. *in lege 2. in §. Scevola, supra de eo quod cert. loc.* imo non solum vt legatum non pereat, adimitur hæredi electio, sed etiam ne differatur legati solutio ei adimitur, vt in *l. cum res, supra de lega. 1.*

Item nota quod post electionem semel 3
factam non licet variare, quod etiam probatur in *lege seruus electione in principio sup. titul. proxim. & in l. huiusmodi in §. Stichum, & infr. de option. lega. in l. apud Aufidium*, sed opponitur d. *lege cum qui certarum, in §. fi. & in lege si quis stipulatus. infra de verbo. obliga.* vbi licet etiam post electionem variar. sol. secundum glo. & doctores distinguendum est inter electionem, quæ ex vltima voluntate competit, & illam quę ex contractu, vt in illa variare non liceat, in hac vero liceat, sed quare diuersum in contractibus statuitur: doctores respondent, quod ex electione competenti ex vltima voluntate dominium transfertur, & fit statim executio, vt in *dict. lege apud Aufidium*, ideo quasi re perfecta variare non licet, secus vero in contractibus, sed hęc ratio, quam ponit *Labeo in dicta lege apud Aufidium*, secundum eos concludit, vbi reliquitur electio in speciebus, que erant in dominio testatoris, sed si detur electio rei genericæ, vel quantitatis, vel rerum alienarum

non concludit hec ratio, ideo recentiores assignant plures rationes, vt refert *Iass. in dicta l. serui electione*, quarum nulla videtur sufficiens.

Existimabam dici posse electionem, quæ ex vltima voluntate conceditur, magis declarationem nudi actus ab alio, gesti esse, cum ab alio, quam à disponente fiat, ideo variatio non admittitur vt notatur in *lege quidquid astringendæ, verb. infr. de verbo. obligatio.* & facit tex. *in lege. si quis a filio, in §. si quis plures de lega.* 1. sed in contractibus magis optio, quam declaratio fit, cum non à tertio id concedatur, sed ab ipsis contrahentibus oriatur, quod ex eo ostenditur, quia etiam si ex contractu tertio optio committeretur, non liceret variare, si semel declarauerit, vt Titio promittis Stichum, aut Pamphilum pro vt Caius elegerit, si Caius semel declararet, variare amplius non posset, vt apparet supra pro Soc. in *l. si societatem in §. si cum lege sequent.* vbi etiam si male declaret, non potest ipse arbitrium suum emandare, sed ad iudicem recurritur, adeo autem in contractibus licet variare, quod etiam post solutionem partis, vel acceptilationem potest aliam partem soluere, vt in *lege cum debitore cum glo. infra rem rat. haberi,* & in *lege si non sortem, in 3. si decem. supra de conditione indebit.*

4 Sed quæro quomodo fieri debet optio, & glo. ponit multa requisita in *l. serui electione in principio de legat.* 1. sed omnia fere cessant in specie nostri tex. primo enim requiritur, quod electio fiat de seruis testatoris, quod hic cessat, cum sit expressum de quibus fieri debeat electio, nam duorum seruorum expressorum in testamento electio. relicta est, ideo cum certi simus de quibus testator senserit, controuersia cessat, quorum debeat fieri ele-
5 ctio. Item requiritur quod omnes serui de familia exibeantur alias electio illorum fieri non poterit, vt *in lege 4. infra de option. legat.* quod hic cessat, quia expressum est, de quibus fiat electio, tum quia vbi electio est hæredis, qui domus est seruorum siue optio sit, siue electio non poterit causare omnes exhibitos non esse, vt *in lege si quis ex argentariis, in §. prætor ait versi. & quod absurdum est supra de edendo*, nisi euidenter ostendat apud legatarium, vel alium seruos commorari, ideoque non habuisse copiam eos videndi, maxime si testatore volente erant apud alium argumen. *dic. §. prætor ait, in versic. nam & ipsi*, si autem optio, vel electio esset legatarii, vt diximus, opus est, vt omnes essent exhibiti, vt electio teneat, intellige tamen quod si vnus, vel alter non fuit exhibitus optio non tenet, quia potest variare, scilicet si nunc velit optare seruum, quia non fuit exhibitus, sed si causetur Stichum non esse exibitum cum elegerit ex Pamphilo & Dama & AEro te exhibitis Damam, & hodie velit vel Erotem, vel Pamphilum repellendus erit, nam est in manifesta calumnia. 6

In legato autem alternatiuo si legatarii, sit electio non potest variare, etiam si exhibiti serui non sit, quia quod dictum est in optione seruorum non habet locum in alternatiuo legato. vt in *lege si is cui infra isto tit.* quia nec error impedit electionem in alternatiuis, nisi proveniat culpa aduersarii, in optione autem vndecumque proueniat error, potest iterum optare, vt expresse inquit *Africanus in lege neque solum, infra de option. legata.* nam cum *Paulus in lege scyphi præcedenti*, dixisset, Scyphi electione data si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet, nisi ex his dum taxat eligere voluisset, cum sciret & alios esse,) subiungit *Africanus* nec solum si fraude hęredis, sed etiam alia qualibet causa id euenerit,) & hoc contingere posset, si ipse ingrediens domum hæredis vidisset eos scyphos, & sponte nihil aliquo suggerente elegisset, putans non esse & plures scyphos, nam & tunc variare poterit, quod non admittit *dict. lege is cui*, sed vi. quæ ibid. dicemus, quia hæ opiniones doctorũ non sunt veræ, nihil enim interest inter alternatiuum, & legatum optionis in hac materia contra doctores.

Item secundum glo. eligi ante aditam hæ-
reditatem non potest, vt *lege optione legata infra* 7
de optio. legata, hoc cessat in hac lege, quia optio fuit hæredis, qui videtur adire optando quid soluere velit, vt *lege 2. C. de iure de liber.* Quinimo etiam quando legatarii est electio in legato alternatiuo, potest fieri ante hæreditatis aditionem, secundum *Raphael. in dicta lege serui electione, Alex* ibi. dicit, quod non probabit ille text. in mille annis *Iass.* post Soci. in hoc contendunt pro Raphael. & *Iass.* inducit malè. sed nos videamus literam tex. quia non eget aliqua inductione, si vsus fructus aut decem vtrum legatarius voluerit, (inquit *Vlpianus*, sint legata, vtrumque expectandum, & mortem testatoris, & aditionem hæreditatis, mortem propter decem, aditionem propter vsum fructum, quamuis enim electio sit legatarii, tamen nondum electioni locus esse potest, cum proponatur non dum testatorem decessisse. aut eo mortuo hæreditas nondum adita,] ecce quod vsus fructus efficit, vt ante aditam hęreditatem eligi in legato alternatiuo non possit, quia non cedit nisi adita hæreditate, vt in *lege secundo eod. titul. & in lege primo in §. dies, supra quand. dies vsusfruct. lega. ced.* & vna pars alternatiuæ influit in aliam, vt non posit fieri electio antequam vtroque alternatiuæ cesserit, vt in *lege cum illud, eo. tit.* vbi inquit *Papinianus*, neque aliud probari poterit, si purè fundum alterum

Pro Cuma contra Alexan.

alterum vel alterum sub conditione legauerit, nam pendente conditione non erit electio, & ita aperte *Vlpianus* vult, quod si in vtraque parte alternatiuè esset res cuius dies cessent à morte testatoris posse fieri electionem antè aditã hæreditatem, & tex. est adeo clarus vt nisi isti doctores do hac re contenderent, opus non esset, verbum aliquod in ea facere.

Quod ad transmissionem autem etiam altera pars alternatiuè cuius dies nondum cessit, impedit transmissionem vt inquit *Iulianus in l. cum ita legatum eod. tit.* in vtraque nisi ibi moriente legatario cessat altera pars ita vt iam non sit legatum alternatiuum, sed simplex, vt est tex. elegans in *dicta l. si vsus fructus, in §. inde quærit Iulianus* vbi post verba supra posita subiungitur, inde quærit Iulianus si post mortem testatoris legatarius decedat, an ad hęredem transferatur, decem legatum, & libro tricessimo digestorum scribit, posse dici decem transtulisse, quia mortuo legatario dies legati cedit,] ratio est quia moriente legatario deficit legatum vsusfructus, ideo remanet solum legatum decem, & hæc ratio ex verbis sequentibus ostenditur, inquit enim argumentum Iulianus pro sententia sua affert tale, Seię decem, aut si peperetit, fundum hæres meus dato, nam si antequam pariat, inquit decesserit, ad hæredem suum decem transmittet, quod optime ibi interpretatur *Acursius*, & ita vtile admodum est scire, quando dies vsus fructus legati cedat, licet non transmittatur propter alteram partem alternatiuæ, licet *Vlpianus in lege 2. eod. tit quand. dies leg. cedat*, dicat nam cum ad heredem non transferatur, frustra est si ante quis diem eius cedere dixerit,] quia id non simpliciter verum est, sed ipsius vsus fructus solius ratione habita, secus si cum alia re alternatiuè relinquatur, imo mirandum sit illud fere inutile iudicasse Vlpianum cum habeamus titulum specialem *supra quand. dies vsus fruct. lega. cedat; idemque Vlpianus* illam materiam solus explicauit, & idem eleganter vt solet in *dicta l. vsus fructus*, sed ad solum vsum fructum ibi respexit *Vlpianus*, quo ad eum non poterat esse vtilitas vt cederet ante aditam hęreditatem cum non transmittatur, ideo neque quod actio competeret, vtile est, cum ante fieri non possit vt in *dict. lege 1.* & rubrica illa non ab Vlpiano, sed à copilatoribus fuit composita parum necessaria.

Ex supradictis legibus maxi. notandum est, 8 quod alternatiuum legatum pure factum, in quo ponuntur res natura sua transmissibiles ad hæredes, transmittitur, idem probatur in *lege illud, aut illud, infra de option. lega.* idem legato generico, quia transmittitur etiam nondum facta electione, vt in *lege heredes in §. si incerto supra famil herciscund.* vbi ex Paul. iurisconsulto hoc probatur, & ex *Vlpiano, & Iuliano in dicta l. si vsque fruct.* ideo Gaius in *l. 3. infra qui & à quib. manu libe.* non fiant; non audet simpliciter appellare conditionale legatum optionis, sed quodammodo, nam optione siue electione serui data, inquit, quodammodo singuli sub conditione legati videntur.

Sed opponitur quia *Iustinianus* hoc constitutione sua induxisse gloriatur, ante eum vero conditionale legatum optionis extitisse, vt *in §. optionis instit. de legat.* per contrarium ridiculus videtur in hoc Iustinianus, cum *ipsemet in sua constitutione in lege fi. in princi. C. communia de legatis*, asseueret inter veteres fuisse controuersiam, si legatarius cui, optio seruorum erat relicta moriatur pluribus relictis hæredibus, si esset inter hæredes legatarij discordia in eligendo quid, fieri deberet, quomodo ergo olim inter veteres poterat esse hæc controuersia, si optionis legatum non transmitteretur: Ideo verius puto, licet multi ex veteribus optionis legatum conditonale existimarent, tamen in digestis solum posita responsa eorum, qui purum, & transmissibile existimabant: ideo verum potuit dicere Iustinianus, licet in dictis legibus digestorum non reperiantur responsa illorum, quia copilatores, ea tanquam inutilia & correcta omiserunt, licet *Bartin l. Mæuius in §. duorum in 4. oppositio. 5. col. in numer. 6. infra isto titulo*, putauerit digestorum tempore esse legatum optionis, legatum conditionale, quod verum non est, si ad eas leges quas habemus respiciamus. Item inter eos, qui purum, & transmissibile iudicabant, erant opiniones. Si in electione discordarent hæredes legatarij, quomodo componenda esset illa controuersia, & ita poterit defendi Iustinianus, si non solum Iuliani, Vlpiani, & Pauli habeatur ratio, sed aliorum iurisconsultorum quorum responsa desiderantur, forsan & *Caius* fuerat illius opinionis, *in dicta lege tertia qui & à quibus*. Et ideo cum institutionum Caij maxima fuerit habita ratio in ordinandis institutionibus Iustiniani, vt *ipse Iustinianus* agnoscit *in proœmio institutionum in §. Quas ex omnibus*, vbi inquit, quas ex omnibus antiquorum institutionibus & pręcipuè ex commentarijs Caij nostrii, tam institutionum, quàm rerum quotidianarum, Visa illa sententia Caii, qui legata optionis conditionalia quodammodo existimabar, id veteres existimasse simpliciter copilatores protulerunt in *de §. optionis* mitto quod aliqui ex *Theophil. in de §. optionis* legunt habebat olim in se conditionem tacitam, quod magis conueniet Caii responso, & licet *Paulus* legatum optionis non vocet putum *in lege si optio serui infra de optione legat.* id tamen magis non purum dicitur, quia non est simplex, quam quod sit conditionale: nam & purum ita sumitur vt diximus supra in principio huius legis, quia *Paulus ipse*, vt

ostendimus, optionis legatum, & purum, & transmissibile esse iudicat, sicut de alternatiuo dicimus, quod *Papinianus* sensit *in lege cum illud. aut illud infra quando dies legat. cedat*, qui vult legatum alternatiuum conditionale in qualibet parte alternatiuè non transmitti, & ita si non esset conditionale, transmitteretur, alioquin conditio extrinseca non impediret transmissionem, sed de se esset non transmissibile vt *l. decem, infra de ver. obligat.*

Ex his intelliges in quo differat legatum alternatiuum, à legato optionis, & in quo conueniant, & ita hæreditate non adita optari non potest, sicut legatum repudiari non potest hæreditate non adita, vt notat glosa *infra quæ in fraudem credito, in l. quia autem* not. *Aret. & Roman. in l. is potest, supra de acquirend.* Sed de hoc alias, cætera dic vt per *Bartol. in dict. l. seruus electione*, sed quare legatum si voluerit legatarius est conditionale, & legatum alternatiuum, vel quem voluerit eligere, non est conditionale: *lege si ita legatum in §. illi, si volet de legat.* 1. sol. in his legatis voluntas legati non ponitur in conditione, sed rei quæ legatur, facit tex. in *l. vtrum in §. cum quidam infra de reb. dub.*

Vltimo nota ad vulgare quod permissum ad tempus videtur post tempus prohibitum. vide tex. & *Iaso in lege si ita quis supra de vulga. & pupila. substitutio.* & latissimè *Tiraquel. de retract. in 2. parte in §. 1. in glos. 2. in numero 44. cum sequentibus*, & vide à numero 40. vsque ad 54. Et *Gozadin. cons.* 81. vide tex. *in capite si pluribus in fine de prabend. libro 6.* & tex. *in extrauagant. Ioan. 22. secunda de electione* vide quę tradit *Decius in c. quæstion. extra de appellationibus* vide quæ diximus *infra eodem in l. cum quidam.*

SVMMARIVM.

Ex lege Si pecunia.

1 *Hodie legata debentur, etiam si hæreditas soluendo non sit inuentario non confecto, & corrigitur l. si vniuersa, C. isto titul.*
2 *Legatum relinquere concurrit cum legatis specierum, & cum legato liberationis.*
3 *Quando legatum speciei præualeat.*

PAulus. Si pecunia legata in bonis legantis non sit, soluendo tamen hęreditas sit: hæres pecuniam legatam dare compellitur, siue de suo, siue ex venditione rerum hæreditariarum, siue vnde voluerit. Opponitur cum glo. quod non debeatur pecunia, si in hæreditate non reperiatur, vt *supra isto titul. in l. si quis seruum in §. si quisita, & infra eodem in l. cum ita in §. species*, vbi hæres non tenetur, si non sit in hæreditate id quod legatur, Sol. illud verum est vbi legatur species, sed noster text, loquitur in quantitate in genere legata, secundum *Bartol. & alios*, ideo si pecunia vt species legaretur, contra esset puta si decem, quæ sunt in arca legentur vt supra tit. prox. in *si seruus, in §. quinque & l. sed si centos nummos.*

Item oppo. quod etiam si hæreditas soluendo non sit, legatum debeatur, vt *in auth. de hæred. & falcid. in §. si vero sol.* iure isto legata non debentur, si hæreditas soluendo non sit, vt *in l. si vniuersa. C. de lega.* & hic *cum concordant. alleg. in glo.* hodie vero inuentario non confecto debentur legata, sicut & debita, secundum glo. & omnes, confecto vero inuentario non tenetur, nisi hæreditas sit soluendo, neque ad legata neque ad debita, & tunc procederet etiam hæc lex: sed opponitur confecto inuentario, si non sit pecunia in hæreditate non tenetur quęrere ipse etiam si bona omnibus soluendo sint, vt in *l. si. in §. & si præfatam, C. de iure delib.* Solutio illud est inuentarij priuilegium, vt possit pro pecunia, species hereditarias soluete, ne grauetur onere repetiendi emptores bonorum, & cauendi de euictione, sed id oneris subeant, si velint legatarii consequi legata secundum doctores ibidem. Item nota quod text. hic noster procedit etiam si omnes species hæreditatis sint legatæ, quia nihilominus debetur legatum pecuniæ etiam si pecunia non sit in hæreditate, non enim excluditur legatarius generis à legatariis specierum, sed omnium legatorum fit contributio, & reductio ad vires hæreditatis, tam quoad legem falcidiam, quam quo ad reductionem ad vires patrimonij, quia eadē ratio habetur, vt *in l. quærebatur, infra ad leg. falcidiam*, vbi hoc probatur etiam si apud legatarium speciei sit res constituta, & etiam si sit legatum liberationis, quia non ex hoc proferrur aliis legatariis vt in dicta l. quia quo ad debitum ipso iure fit executio, & ita ad speciem est deuentum, & tamen id alijs legarariis non nocet, & hæc est vera opinio cum *Angelo ibidem* quicquid aliqui velint, vid. ibi *Alexand.* qui in fine nescio quid immutat dicens, quod ibi esset legatum speciei, alias non petitet, cum genus perire non possit, vt *C. si cert. pet. in l. incendium*, quod ridiculum est, petiit enim vbi hæreditas non est soluendo, vt in *d. lege vniuersa*, vel pecunia non periit, sed obligatio, quod idem recidit, & ita est intelligenda illa lex, quia licet si verū, legatum liberationis esse legatum speciei vt notat *Bar. in l. qui duos reos, in §. fin infra isto tit.* tamen idem esset si pecunia legata esset vni, aliis vero hæreditariæ species, vt pro rata omnes admittantur habita l. falcidię ratione, vt in *lege 2. & in l. in opponenda C. ad l. falci.* & in simili, facit optimus tex. in *quidam fundum supra de in rem vers. & in l. procuratoris, in §. plane sup. de tributor.* neque enim transferri dicitur dominum in legatarios specierum insolidum nisi hæreditate existente soluendo, cum l. falcidia resecet ipso iure, vt in *l. Plancius & in l. lineam margaritarũ, infra ad l. falci.* & eadē ratione cum legatū liberationis etiā ipso iure recesetur sicut dominū, non potest alius perferri tale legatū sed in

tributum veniet denique l. falcid. & reductio ad vires patrimonii resecet ipso iure tam dominium, quam liberationem, ideo legata specierum, & liberationis, eiusdem sunt rationis cum legato generis, & omnia æqualiter ad vires patrimonii, pro rata reducuntur, quę probantur expresse in *dicta l. quærebatur*.

Sed opponitur quod semper legatum speciei præfertur legato generis vt *in l. vxorem in §. codicillis, & in §. felicissimo infra de legat. 3.* & in regula iuris in toto iure, cum aliis mul-
3 tis vulgar. Solut. verum est vbi genus, & species sumuntur inuicem correspectiue. vt sub illo genere species comprehendatur, vt si equis legatis equus albus Titio legetur, subtrahitur enim illa species ab illo genere, quia sub illo erat, ideo non potest dari huic quin illi adimatur, sed vbi legatur alteri domus, alii decem in genere sub decem non comprehendebatur domus, ideo cum inuicem se non contingant, æqualis est horum legatorum potestas, vt pro rata ad vires patrimonii reducantur nulla habita ratione generis, & speciei: nec enim prędictæ regulæ de hoc genere loquuntur, & ex his hęc lex fit expedita, quia in his quæ doctores hic tractant, nullam patitur difficultatem. licet, *D. Petrus Peralta* hanc pecuniam in genere, vel specie legatam, & dicta doctorum tanquam Sisyphi saxum voluat, atque reuoluat.

SVMMARIVM.

Ex §. quod ita legatum est.

1 *Quando legatum sub conditione cum moriatur, fit conditionale.*

QVod ita legatum est, hæres cum morietur, Lucio Titio dato decem, cum in certa die legatum est, ad hæredes legatarii non pertinet, si viuo hærede decesserit. Oppono quod dies incertus mortis non efficiat legatum conditionale, nam si tibi legem cum morieris, nullam habet conditionem vt in *lege cum hæres, infra quando dies legat. cedat, & in lege hæres meus in 2. respon. infra de condit. & demonstrat.* Sol. secundum glo. illud, quando in mortem legatarii. hoc quando in mortem hæredis, ratio autem differentię inter has species est manifesta, quia quando in morte hæredis legatur, potest mori legatarius ante heredem, & ita antequam cedat dies legati: quando vero in mortem legatarii, contra est; quia non potest mori antequam legati dies cedat, imo in morte ipsa cedit dies, ideoque si in mortem tertii relinquatur legatũ conditionale erit. vt in *l. quibus diebus in §. quidam Titio infra de cond. & demonst.* secundũ *Paul. de Castro* qui dicit quod hic est quædam glo. quæ contrarium voluit quàm vt ipse inquit omnes reprobant.

Videamus an Paulus benedicat & glo. dicit, *Franc. Sarmientus.*

quod hæc l. non procedit si testator dixerit Si Titius vel legatarius moriatur, quod sit legatum purum glo. potest tripliciter intelligi, 1. modo vt velit glo. nihil interesse relinquatur aliud dum ipse legatarius moriatur, vel quando tertius morietur, quod falsum est, vt recte inquit *Paulus de Castro* secundo modo potest intelligi glos. vt velit quod testator dixerit, si Titius vel Seius moriatur, lego Seio centum, nam licet legatum conditionale sit, vt *in l. cum illud aut illud. infra quando dies legati cedat*, tamen quo ad transmissionem nihil interest mors Titii adiiciatur vel non, cum morte Seii legatarii legatum transmittatur, cum extet conditio, & isto modo intelligendo recte dicit glo. quia aut Titius moritur prius, & iam impletur conditio, aut legatarius: & idem, & hoc probat ex Iuliano elegantissime *Vlpianus in lege si vsus fructus, in §. inde quærit Iulianus infra quando dies legat. cedat*, vbi probat legatum quod cedit moriente legatario, in altera alternatiuè parte transmitti: secus si coniunctim, si Titius, & legatarius moriantur, quia idem esset quod in priori specie.

Tertio modo intelligi potest glo. & hic est verus sensus illius, vt non procedat hæc lex si testator dixerit, Si Titius, vel legatarius morietur, intelligendo quod idem sit Titius & legatarius, sed huc posuit glo. quia nihil interest conditio in persona legatarii sub proprio vel appelatiuo nomine adiiciatur, & hoc vult glo. quod est de mente Alberi. & ita glo. iniuste reprehenditur à Paulo de Castro.

SVMMARIVM.

Ex lege qui duos reos.

1 *Verus sensus huius legis contra Bartol. sed saluatur Bar.*
2 *Reprobat intellectus Cumani.*
3 *Liberatio quæ contingit per cessionem, an habeat vim pacti, vel acceptilationis.*
4 *An lex ista iure nouo procedat.*
5 *Actio inutilis penes cedentem, quando sit vtilis.*

POmponius. Qui duos reos eiusdem pecuniæ habet Titium, atque Mæuium, ita legauit; Quod mihi Titius debet, Męuio hæres meus dato, quod Mæuius debet, Seio dato, his verbis onerat hæredem, nam cum actiones suas hæres Mæuio præstiterit aduersus Titium, videtur Mæuius facto eius liberatus esse & idcirco Seio hęres tenebitur.) Si vni ex correis debendi cedatur actio contra alium, cessionatius liberatur, item quando duobus insolidum actio legatur, vni debet cedere hæres actionem, alteri ęstimationem soluere, ratio primę conclusionis est secundũ *Paul. de Castro* post *Bald.* quia si mihi ceditur actio contra correum meum fieri non potest, vt ego remaneam obligatus, alioquin obligatio, actiua & passiua eiusdem debiti esset apud me quod est impossibile, vt in *lege creditori*.

C. *de pact.* & *in l. Vranius infra de fideiussorib.* nam & in pluribus reis debendi vnicum debitum est, vt in *l. 3. in §. fin. infra de duo. reis*, item quia quando legatur alicui actio cedi cum effectu debet, vt in *l. si sic in § final. supra titul. 1.* quod non esset si ego non liberarer, sed exigi à me pecunia posset, sed videamus quę sit vtilitas huius legati Mæuio facti, respondeo maxima est, quia exigere à Titio conreo poterit, vt *infra de liberatione, lega. in lege antepenultim.*

Sed quantum exiget? respondeo medietatem debiti, nam si totum soluisset Titius, à Męuio partem repetere posset, vel ex actione cessa, vel actione mandati, vt nota in *lege creditor, per illum tex. C. de duobus reis*, multo ergo magis exceptione defendetur, & hoc voluit *glo, in dict. lege antepenul. in verbo virum quod in fin.* Item quia Mæuius cessionarius agens contra Titium, non potest cedere actionem contra seipsum Mæuium. sicut creditor prior posset ergo beneficio cedendarum actionum à solida petitione excluditur, partem igitur tantum petet & facit *lege Modestinus infra de solution.* quam glo. in *dicta l. antepenulti.* allegat, ex quo videtur, quod *Bar. hic* malè loquatur, dum sentit non solum liberari ex hac cessione Mæuium, verum & Titium etiam conreum, quod falsum est, alio qui frustra actio cederetur, quæ inutilis futura esset, neque obstat quod liberatio facta vni ex conreis debendi alteri prodesse soleat, quia verum est, quando per acceptilationem contingit liberatio, vt in *l. 4. in §. nunc de*
2 *effectu, infra de liberatio. lega.* Non vero quando per pactum, vel cessionem, ad quod facit tex. hic, & est expressum in *dict. l. antepenultima de liberation. legat.* Sed Bartol. excusari potest, nam quod voluit etiam Titium liberari, intelligit ab herede cedente, non à Mæuio cessionario, vt ex allegat. per Bartol. apparet, & ita potest satisfacere dificultati, quam hic excitat *Cumanus*, cui male satisfacit, inquit enim non posse liberari cessionarium scilicet, Mæuium, quin alius conreus, scilicet Titius liberetur, quod falsum est nisi acceptilatione liberetur, vt in *dicto §. nunc de effectu*, vbi textus inquit, Si cum alijs sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, & mihi soli testator consultum voluit agendo consequar, non vt accepto liberer, ne etiam conreus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor.] Hic autem vt Titius liberetur, repugnat testatoris voluntati, Mæuius autem necessitate cessionis liberatur, quæ non habet vim acceptilationis, ideo liberari Titius non potuit, nisi socij Titius & Mæuius fuerint, tunc enim non potest liberari Mæuius quin Titius liberetur, vt in eadem l. vbi subsequitur, Sed quid si socij fuimus: videamus an per acceptilationem debeam liberari, quod magis est, alioquin dum à conreo meo petitur, ego inquietor,] neque in hac specie voluntas testatoris obijci potest, qui noluit Titium liberari, quia si socius sit, necessitas negotij hoc exigit, cum per socium Mæuium, & Mæuio ius quęratur, quod efficit, vt fieri non possit, actionem, & obligationem vna eademque persona consistere vt dictum est in principio, quæ necessitas efficit etiam vt non capax, capere ob id possit. vt *in dicta lege antepenul. quæ est lex singularis*, vide quæ diximus in *lege si filius heres, numero 44. supra de libertate & posthum.* vide optimum tex. in *lege in §. sed & si incertum, infra de vent. in possessione mittend.* & *in lege 3. in §. ibidem. frater de Carbo. edict.* & ita intellige nostrum tex. qui secundum Dinum, vt *Alberic.* & *Cumanus* referunt, non est alibi, sed certe ex regulis, vulgaribus deducitur.

Ex his singulariter intelliges, quod liberatio, quæ contingit per cessionem magis habet in liberando vim pacti, quam acceptilationis, nisi 3
sint socij, sed opponitur quod etiam si socij sint, hoc cessio non possit, quia neque tunc pactum habet vim acceptationis, sed debet acceptilatio interponi vt *in dicto §. nunc de effectu*, ergo cessio non operabitur liberationem, vtriusque etiam si sint socij. Sol. liberatio quæ contingit per cessionem factam vni ex conreis debendi, neque restringitur ad vim pacti, neque ad acceptationis vim extenditur, nisi ratione necessitatis, ne actio, & passio sit in eodem subiecto, ideo tantam vim ad liberandum habet, quantam hæc necessitas compræhendit, & quia in socios extenditur hęc potestas, quia communicatur vtilitas, ideo in eis habet tantam vim, quantam haberet acceptilatio, in non socijs autem, quia hæc necessitas non communicatur conreo, sed tantum circa personam cessionarij versatur, magis vt pactum operatur, quod personam non transgreditur, quia necessitas ex qua, id inducitur, circa personam tantum illius, cui fit cessio versatur, sic in naturalibus videmus in syphonibus, quod aquæ contra suam specialem naturam eatenus ascendunt, ne detur vacuum, quatenus opus est, vt vacuum illud impleatur, si vacuum est multum, multum ascendit aqua: si parum, parum, tantum denique quatenus opus est, ne communis natura rerum corrumpatur, sic in ista liberatione necessario dicimus vt extendatur quatenus opus sit, actionis & passionis repugnantia excludatur, quod vt fiat regulæ alię speciales corrumpendę sunt, & ob id incapax, etiam capax efficiatur, vt in *dicta lege antepenultima*, quia potentior & vniuersalior, & prior est lege illa, vt passio & actio non sint in eodem, vt pote naturalis, quàm illa capacitatis, vel incapacitatis, quæ posterior est, & ciuilis, etiam illa, quæ obseruari voluntatem testatoris iubet, nam ad impossibilia non extenditur, quod nota neque nouum est, vt confusio acceptilationis vim

vim obtineat, vt in *l. sicut acceptilatio, infra de solutionibus.*

Sed quid si hæres prius Seio cesserit actionem contra Mæuium, videtur quod hoc modo exoneretur hæres, quod apertum videtur, quia non est Mæuius facto hęredis liberatus, imo non potest liberare eum in præiudicium Seij cui ius est quęsitum, sed adhuc puto quod text. iste procedat, quia non potuit cedi ius contra Mæuium, cum id ius prius Mæuio fuerit legatum: quia legando Mæuio id quod Titius debebat, videtur & Mæuio in consequentiam liberatio legata, item non debet esse in potestate hæredis cedendo prius illi eludere testatoris voluntatem, item etiam facto hæredis qui prius cessit contra Mæuium, Mæuius non potest consequi id quod voluit testator, vt liberaretur, sed an Seius debeat habere totum debitum, vel partem tantum, & doctores sentiunt totum debere ei solui, & facit quia si non debitori, sed duobus alijs, vni, quod Titius debet, alij quod Mæuius legasset, alteri æstimationem, alteri actiones præstabit hæres, vt in *l. non quacunque in §. qui Caium de legat. 1.* ergo idem est si alter ex conreis sit legatarius, argument *l. singularia, si certum petatur.*

4 Sed quæritur an text. iste hodie procedat de iure nouo, quo insolidum in effectu quilibet conueniri non potest, in quo *Paul. hic* referendo Petrum, & *Bald.* vult quod non procedat, quia licet cedatur actio, Mæuius contra Titium, tamen Mæuius non liberatur, cum solum pro parte cessio fiat: *Ioannes* autem *de Imol.* hoc non tangit: *Cuma* autem sequitur Bal. Sed *Angel. de Perigl. hic* tenet contrarium, quia id quod ius nouum disponit est opposita exceptione, non ipso iure, ego puto quod *Angel. de Perigl.* bene dicat, quia si veritatem consideras, & olim & hodie non debetur plusquam vna quantitas, nihilominus facto legato isto modo, duplicatur quantitas, vt in *d. §. qui Caium* non obstante effectu prioris obligationis, qui vnam quantitatem continebat item respectu originis, & olim & hodie insolidum est constituta obligatio, licet detur in certis casibus exceptio, per ius nouum, & ita ius nouum non tollit quin legatum multiplicetur, ad quod sufficit quod ab initio orta sit insolidum in vtroque obligatio, item quo ad cessionem non est inductum aliquid per ius nouum adeo, vt cedens actionem etiam hodie contra vnum ex conreis debendi totum debitum cessisse videatur, & ita ista lex remanet intacta & hoc verissimum existimo cum *Angel. de Perigl.* licet alij contra teneant, & *Iason* etiam in effectu *in dict. §. qui Caium*, licet correctionem illius text. vitare procuret, sed loquitur in limitationibus dictæ authenticæ, nos vero loquimur generaliter, vt nihil in hoc ius nouum mutet, & hoc aperte patet, quia & hic in effectu Mæuius non exigit à Titio nisi partem, & tamen licet in effectu veniatur ad debiti diuisionem, inducitur huius legis dispositio, & huius rationi credo quod nullus poterit respondere; & ratio Angel. de Perigl. ex *Bar. in leg. 3. in. 1. de duobus reis* concludit contra supradictos doctores, adeo vt *Dominus Petrus Peralta* male ab hac difficultate se expediat, quia rationi, vt non procedat iste text. hodie, quia vnus conreus soluendo ab alio repetere possit, supra est satisfactum, cum hic Mæuius à Titio non totum, sed partem exigat, & ita fit diuisio, & tamen, hoc non obstante procedit huius legis dispositio, & ex his intelliges plenissimè legem istam, quam sine his, quæ diximus credo quod fateberis, non posse plene intelligi.

Item nota quod *dict. Petrus de Peralta hic* colligit ex text. isto, quod actio inutilis penes cedentem, efficitur vtilis penes cessionarium, quod certè quomodo hic probetur ego nō intelligo, quia apud hæredem non fuit vnquam inutilis, cum antequam cedat agere potest, imo & post, vt in *l. 3. C. de noua*, sed nos loquimur ante, quod non habet difficultatem, quia semper agere potuit hæres, & nunquam antequam cesserit fuit inutilis, & licet hoc aliquando contingat, vt actio inutilis penes cedentem, fit vtilis penes cessionarium vt in *leg. final. in principio.* vbi notat *glos. C. de iure dotium*, quando per transitum actionis fuit perempta æquitas exceptionis, vt per *Bar. in l. si tertium in §. si quis prius in num. 7. infra de aqua pluuiali arcend.* de quo alibi dicetur, quia non est hic locus proprius, cum hic nihil de hac re probetur in tex. 5

Item circa quęstionem, an cedens possit esse testis in causa cessionarii, *idem D. Petrus* latè hoc tractat, & inter alia argumenta dicit quod si debitum est verum, non potest dici fieri fraus debitori, quod sanè est vt dicitur petere principium, & præsupponere id super quo vertitur controuersia, nam si constaret, quod debitum esset verum, non esset opus probatione, sed quia non constat inducitur probatio vt credatur, fuisse verum, sed hæc non est materia huius tituli, sed tituli, de testibus.

Vltimo *Bar. hic* infert ad quæstionem, & eam decidit bene per istum text. nec interest factum hæredis, sit culpabile vel non, proueniat ex voluntate, defuncti, vel sine eius voluntate, quia in vtraque specie ex facto hæredis necessario, vel voluntario, non debet inferri præiudicium legatario, quoad rei æstimationem, & facit text. notandus in *l. si fundus supra locat.*

SVMMARIVM.

Ex §. Si quis vnum.

1 *Quando fit legatum insolidum, non fiunt partes per concursum.*

SI is qui vnum reum habebat, quod is sibi deberet duobus insolidum separatim legasset, oneratur hæres duobus satisfacere, vni actionem

actionem cedendo, alteri pecuniam soluendo.] Opponitur de text. præcedent. nam non est opus vt insolidum legetur, vt ibi dicitur, solutio: ibi erant duo rei debendi, hic vero vnus, ideo opus est vt dicat insolidum quando est vnus, non quando plures, vt in *d.l. non quocunque*, in §. *qui Caium, supra de legat.* t. alias oppos. glo. explica, vt per Bart. & quo ad nostrum text. nota quod vbicunque pluribus legatur in solidum, non fiunt partes per concursum, *vt hic & in l. si pluribus, supra de legat.* t. ideo neque erit vnquam locus iuri acrescendi, quia rei perfectæ nihil potest super addi, vide quæ diximus in *leg. si seruo manumisso, supra de condiction. indebit.* supra in libr. 2. istarum interpretationum. capite 1.

Sed quid si vnus ex legatarijs alteri succederet, videtur alterum legatum confundi, vt *infra isto titul in l. Maunus, in §. duobus*, sed contra puto, quia ab initio cœpit deberi æstimatio, ideoque si ita legaretur duobus testamentis in altero fundus, in altero æstimatio fundi non impediret regula causarum lucratiuarum, vide ibi in suo loco.

SVMMARIVM.

Ex lege Si idem seruus.

1 *Quando secunda dispositio deroget priori.*
2 *Commemoratio an operetur ademptionem.*

PAVLVS si idem seruus, & legatus & liber esse iussus sit, fauor libertatis prævalet: sin autem & in posteriore scriptura legatus est, & euidens ademptio libertatis ostenditur legatum propter defuncti voluntatem prævalebit.]

Explica istum text. vt per *Bar. in l. seruum filij, in §. eadem de legat.* 1. & dicimus *infra eodem in l. qui testament.* Solum dicam quod *D. Petrus Peralta* tangit hic, quando vltima dispositio deroget priori, in quo quia procedit satis confuse breuissimè
1 ponam claram resolutionem, & in hoc prima regula sit; secunda dispositio tollit primam, quando ad hoc est inducta, & non deficit potestas in agente eo modo quo agit, hoc est manifestum in *l. si mihi & tibi in §. in legatis sup de legat.* 1. *in l. pacta nouissima C. de pact.* dixi quando est potestas in agente eo modo quo agit propter *leg. si ita scriptura in §. regula* cum his quæ ibi diximus *supra de liber. & posthu.* & propter text. in *leg. legata inutiliter in §. fin. & in l. seruus legatus, in §. 1. & in l. legatum alij*: si vero dubitetur an indicatur secunda dispositio ad tollendum priorem, aut est incompatibilis cum priori, & tunc semper tollit priorem, siue in continenti, siue ex interuallo fiat, quia in incompatibilibus prioritas vel posterioritas etiam momentanea attenditur, vt in *lege si quis habens infra qui & a quibus.* ibi: prior præfertur, quia non fit fraus per eum, sed per sequentem,]licet malè *Albericus in l. Papinianus, in §. 4. 1.* *colum. supra de inoffic. testam.* hoc non obseruauerit.

Et hoc quod vltimo scriptum præferatur, probatur in *l. si quis eum supra de vulgar. & pupillar. substit.* vbi text. vult idem esse, siue quid fiat in eadem scriptura siue diuersa, & licet tex. loquatur in libertate, tamen in regula, quam ponit in omnibus alijs idem statuit vt nouissimè scriptū expectetur, etiam in eadem scriptura, sed fallit hæc regula in libertatibus, in quibus semper prævalet libertas, nisi constet de euidenti voluntate testatoris, quod eam adimere voluit, vt hic & in *l. si peculium in §. si seruus, infra de manumiss. testamen.* denique in rebus incompatibilibus vltimū prævalet, etiam si incontinenti fiat, neq; vitiatur totum propter repugnantiam, licet *D. Petrus* velit quod vitietur totum per legem vulgarem, vbi repugnantia ad regul. iur. quod est contra dictas leges, neque enim *dicta l. vbi repugnantia*, loquitur in hac specie, sed illi l. potest exemplum melius adaptari, in *l. si Titius hæres supra de condi. institut.* vide ibi glos. vbi enim non reperitur ratio quare alterum debeat prævalere, vtrumque vitiatur, vt probatur, in *l. qui soluendo supra de heredib. instit. cum l. sequent.* quorum literam referemus, *infra in l. si Titio aut Seio*, nam rūc dispositio l. prohibitiua ad vtrumque refertur sicut per contrarium dicimus in *l. 1. C. de liber. præterit.* & sunt optimæ leges quas allegamus in *l. si Titio, aut Seio in num. 11 infra eo*, si vero esset ratio, quare alterum prævalere debeat, repugnantia vitiat tantum alteram partem, vt hic, & faciunt notata in *l. scripturæ. C. de fide instrument.* vt autem prævaleat vltimum, si reliqua sint paria, ratio postulat, vt in *d. l. si quis eum.*

In his autem, quæ sunt compatibilia, si circa eandem personam, de eadem re fiat secunda dispositio, distinguendum est. Nam si cum commemoratione prioris dispositionis, secūda fiat, 2
videtur recessum ab illa; si vero sine commemoratione distinguendum est, in continenti, vel ex interuallo fiat: omnia hæc habentur in *l. non adea, infra de condition. & demonstratio.* & hoc quando circa eandem personam multiplicatur dispositio; si vero circa diuersas personas, tunc etiā in hoc Bar. aliquando distinxit, vt si fiat sub cōmemoratione prioris, inducatur ademptio, vt in *l. fiut, infra de admend. lega.* vbi videtur expressum, inquit enim ibi *Caius*, sicut adimi legatum potest, ita & ad alium transferri, veluti hoc modo, quod Titio legaui id Seio lego, quę res in personam Titij tacitam ademptionem continet,] Si verò sine commemoratione, tunc non fit ademptio, sed concurrunt, vt in §. *si eadem res instiut. de legat.* Sed alibi *Bar.* non admisit istam distinctionem in diuersis personis in *l. re coniunctis, in prima oppositione infra de legat.* 3. vbi dicemus quia sunt in hoc tex. difficiles & vide *l. 3. in §. si quis, de admend. lega. & in l. quod si alij*, & ex his distinctè intelliges hanc materiam.

SVM-

SVMMARIVM.

Ex §. Seruo alieno.

Quando hæres hæredes grauaro posit.

SEruo alieno hærede instituto, post mortem domini eius, cui adquisita hæreditas esset, & libertatem fideicommissariam dari posse constat.] Nota tex. in quo probatur, quod seruo alieno instituto non solum potest legari à domino, vt in *l. cum filio in 1. responso, supra de legat. 1.* verum ab hærede eius, sed contra primum opponitur, quod neque dominus grauari poterit, quia ille qui succedit non indicio defuncti, sed legis ordinatione grauari non potest, vt in *l. sed si sic, in secundo responso infra de lega. 3.* Solut. verum est vbi id fortuito contingat, quod hic non est, sed infertur ex dispositione testatoris necessario, nam instituendo seruum necessario infertur seruo existente hærede vtilitatem ad dominum peruenturam.

Contra secundum autem oppono quod hæres hæredis grauari non possit, vt *in eadem l. versic. sic autem*, Solu. hæredem hęredis grauare quis potest generaliter vt in illa l. & in *l. si ita fuerit eodem tit.* non autem Titium, vel Seium specialiter, si hæredis mei fuerit hæres, quia id fortuito contingit & erit casus fortis, in quo generaliter factum operatur, vt Titius hæres hęredis teneatur, non tamen specialiter possit Titius onerari legato, quod sentit *Petrus de Besutio*, vt *ibi Iaso.* refert in *num. 35. in dict. l. cum filio*, sed non satisfacit huic difficultati, tu dic quod si Titium hæredē, vel seruum eius instituam, grauare possum hæredem Titij, quia instituendo Titium hæredes eius necessario sunt hæredes mei, quia hæres hæredis primi testatoris est hæres, vt in *l. fin. C. de hared. insti.* Sed Seium in specie grauare non possum, quia non necessario hic debet esse meus, sed id fortuito contingit, & esset in potestate mei hæredis efficere vt legatum à me factum valeat, vel non, & ita legatum ab euentu & voluntate alterius pendere non debet, licet huic rationi posset replicari, quod in voluntatem hęredis facto admixtam, potest relinqui legatum, vt dictum est supra in l. 3. & etiam in l. 1. sed hoc non applicatur, quia hic non relinquitur ab ipso hærede, & dic clarius fideicommissum relictum ab hærede hæredis generaliter grauando hæredem videtur esse in rem quando vero grauo Seium est personale, & inhæret personæ, quam grauare non possum vt in *d. l. sed si sic*, sed quare non potest sub conditione, si ad eam perueniat hæreditas mea, ab eo fideicommitti, argumen. *l. in tempus, de hared. institnen. supra* respondeo non est tempus habile, cum etiam si accipit bona non accipit ea iudicio meo, & ideo grauari non potest ab eo qui eum non honorat, & *l. in tempus*, de persona illius, cui vtilitas confertur, loquitur, non de persona, quæ grauatur, nam vltima voluntas non potest esse in pendēti quoad validitatem, licet possit quoad cessionem, quæ maximè differunt, vt diximus in *leg. 3. in §. purè de liber. & posthum. supra*, vbi differt, pendeat actus confirmatio, vel substantia, sic differt hic pendeat validitas legati, vel effectus, secundum pēdere potest, vt in *titu. de condition. & demonstratio.* Et dic clarius, potestas legandi pendere non potest, argument. *in l. si minor supra de ser. exportand. & in l. eius qui, & in l. de statu, supra de testam.* *quod est singulare*, vid. *l. fin. supra communia pradio.* & ita in *dicta leg. sed si sic* in 2. responso penderet potentia legandi, in primo autem responso, & in *leg. si fuerit, eodem titul.* non pendet hæc potestas.

SVMMARIVM.

Ex lege Si quis duobus.

1 *Soluens partem in alternatiua, quando liberetur pro parte.*

2 *Eligendi ius an solutione partis consumatur.*

CElsus. Si quis duobus hæredibus institutis ita legauerit, Stichum, aut decem hęredes danto, non potest alter hæredum quinque, alter partem Stichi dare, sed necesse est vtrumq; aut Stichum totū, aut decē soluere.] Ratio istius legis quia in alternatiuis altera pars debet esse vera, vt in *l. is qui ducenta in §. vtrum infra de reb. dub.* sed soluendo partem decem, & partem serui, neutra pars impletur, & nota quod non solum non liberatur soluens quinque, aut partem Stichi in totum, verum neque quoad partem contingit liberatio, vt in *l. si non sortem, in §. pe-* 1
nul. supra de condictio. indebit. hic allegato, & hoc nō est dubiū in specie huius tex. quando debetur à duobus legatum, quando vero ab vno debetur legatum alternatiuū, tunc an soluendo partem vnius liberetur, pro parte, pendet ex eo, an soluendo partem videatur eligere illam partem alternatiuè, vel an possit variare, & quando est electio creditoris, an accipiendo partem vnius ex alternatiuè legatis videatur eligere, ita vt variatio non admittatur, solet distingui inter contractus, & vltimas voluntates in *l. huiusmodi, in §. stichum supra de legat. 1. & in l. cum qui certarum, in §. final. infra de verbor. obligatio.* nam si non potest variare, nō continget, & licet *Paul. de Castro & ibid. Iason* qui eum refert in *l. 2. in §. & harum in n. 14. & 15.* dicat quod vbi creditoris est electio, semper contingat liberatio in parte, quia cum posset compellere debitorem vt soluat aliam partem cessat inconueniens ne in diuersis rebus contingat solutio: tamen vt dixi solum hoc pēdet ab alia resolutione, qua stante nihil interest cuius sit electio, & licet *Iason.* dicat esse fere expressum in *l. cum debitore infra rem. rat. haberi.* vbi *Marcellus* inquit, se ex stipulatu decem, aut Stichum vtrum ego voluero absente me domino

Titius

Titius quinque petissem insecuta ratihabitione rectè actum videti. Tamen iste rex. nihil probar quia loquitur ad effectum ne committatur stipulatio de rato, in qua solum quæritur an dominus tatum factum procuratoris habuerit, qualecumque id sit, quid fit si eandem vicem subierit, argum. in *leg. minor. 25. annis in versicul. quoniam, supra de procuratorib.* facit text. *in l. si is qui eodem tit.* denique quando electio consumitur vel solutione, vel receptione partis, semper cõtinget in parte liberatio, siue sit electio actoris vel rei, si vero non consumitur contra erit, quod si in *dicta leg. cum debitore*, contingit in parte liberatio solutione ex illo iudicio facta id erit propter consumptionem electionis, & hæc est veritas non facta distinctione sit electio creditoris, vel debitoris, quod est notandum contra Paulum de Castro. & Iason.

Sed an agnoscendo partem videarur elegisse ita vt cõsumatur electio, videtur quod sic, quia acceptando partem, videtur totum acceptare. argument *l. si cui res legata infra isto titu.* vbi inquit *Caius.* Si cui res legata fuerit & omnino aliqua ex parte voluerit suam esse, totam acquirit. Sed ille tex. non loquitur de legato alternatiuo, alibi de hoc dicemus, quia non est materia huius legis.

Summarivm.

Ex l. Si Titio, aut Seio.

1 *De alternatiua inter personas honoratas.*
2 *Alternatiua inter personas in re antiquo vitiat, sed bene valet, si dicatur cui volueris.*
3 *Quare dispositio pro Titio, aut Seio non valeat, & si adijciatur cui volueris, valeat.*
4 *Quare olim non valebat alternatiua obligatio personarum.*
5 *Alternatiua valet personarum quando fit adiectũ cui voluerit hæres.*
6 *Institutio vter eorum viuat valet & numero 7. & 8.*
9 *Valet alternatiua, quando altera persona est subiecta.*
10 *Valet alternatiua personarum quando altera est vt adiecta.*
11 *Idem si alter tantum sit capax.*
12 *Alternatiua inter totum, & partem, quam interpretationem recipiat.*
13 *Contractus potest misceri testamento.*

PAulus. Si Titio, aut Seio, vtri hætes vellet, legatum relictum est, hæres alteri dando ab vtroque liberatur, si neutri dederit vterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret, nam vt stipulando duo rei constitui possunt, ita & testamento potest idem fieri.] Difficilis est hæc materia, oppono quod non valeat legatum in voluntatem hæredis, vt in *leg. vtrum, in paragra. cum quidam, infra de reb. dubijs.* Solutio, verum est vtrum debeat, non potest in voluntatem hæredis relinqui, sed cui debeat, bene potest voluntati hæredis committi, an Titio an Seio, vt hic & ibidem, sed opponitur, quod hæc alternatiua inter personas posita in coniunctam conuertatur, vt in *leg. cum quidam Cod. de verbor. significationib.* Solutio. Verum est quando Titio aut Mæuio relictum est, non adiecto hoc, cui hæres velit, si enim adijcitur, hoc remanet disiuncta in sua natura, vt hic secundum glossam, & bene.

Sed opponitur, quod alternatiua, inter personas honoratas, non resoluatur in coniunctam sed vitietur dispositio, vt probatur in *l. 1. in §. si fructuarius, infra de stipulatione seruor.* vbi inquit *Iulianus*, si fructuarius seruus stipulatus esset vsufructuario, aut proprietario, si quidem ex re fructuarij stipulatus esset, inutilem esse stipulationem, quia vtrique ex re fructuarij acquirere potuisset. Solut. illa lex corrigitur per *dictam l. cum quidam*, quia de iure digestorum vitiabatur dispositio secundum *Bartolum in leg. item si seruus, in paragra. 1. eodem titu. de stipulation. seruor.* & est communis opinio secundum Iason *In dicta leg. cum quidã in colum. 1.* quod intelligit *Bartol. in leg. 2 infra de duobus reis*, nisi dicatur cui volueris, quia valet promissio alternatiua hoc modo concepta, & ita text. noster, qui in vltimis voluntatibus loquitur, etiam in contractibus locum habebit, secundum Bartolum ad quod facit hic idem textus noster, qui argumentatur de contractibus ad testamenta, sic nos argumentemur per contrarium.

Sed *Raphael Cumanus hic* reprobat Bartol. per text. in *leg. si seruus communis, sic infra de stipulation.* 1
seruorum. forsan voluit allegare, *l. si seruus communis, ita eodem titu.* qui videtur melius probare, inquit enim ibi *Venuleius*, quia non possit esse impedenti stipulatio, neque apparere, vtri eorum sit acquisitum,] quinimo textus ille loquitur in difficiliori specie, cum neque velit valere stipulationem ita conceptam Kalendis Ianuarijs decem, Titio, aut Mæuio dominis vter eorum viuet dare spondes? inutilem esse stipulationem Iulianus scribit.] Dura certè est illa Iuliani sententia, vt prope si hoc admittitur omnis conditio in contractibus reijciatur, quid enim interest hoc modo vel illo si Titius viuat lego ei centum, si non viuat Sempronio vel separatim concipiatur, ideo non crederem ad speciem text. nostri trahenda vt hoc modo concepta stipulatio non valeat, cum valeat hic legatum, & ideo Bartoli opinionem sequerer.

Et licet durum videatur, vt non valeat illa stipulatio vter eorum viuat, valeat tamen vtri eorum tu dare volueris, sed hoc non est purum, sed illud, quod tamen admittitur, quia si vterque Kalendis viueret, euidenter inutilis esset stipulatio, ideo ab initio esset nulla, quia non potest esse in pendenti vtrum valeat: hæc autem ratio non videtur repugnare, vt obli-

vt obligatio illa cui volueris dare valeat, ideo potior videtur *Bart.* sententia, quam Cumani, vt valeat stipulatio illa cui volueris, non tamen vtri eorum viuat ne sit in pendenti obligatio, & nota quod hoc vltimum videtur permitti in vltimis voluntatibus, sed infra de hoc dicemus.

Denique iure antiquo, stipulatio, & legatum, si alternatiuè concipiantur in persona eorum quibus est adquirendum, vitiantur, nisi conditio insit vel ex voluntate soluere debentis, vel alia conditio sit adiecta, quæ non efficit, vt in pendenti sit validitas dispositionis qualis est in *dicta leg. si seruus:* nam conditio si nauis ex Asia venerit, vel similes non impediunt, quin dispositio à principio valeat: aliud est enim non valere, aliud non deberi, nisi veniat conditio, sicut institutio conditionalis ab initio valet, non tamen habet effectum, nisi conditio impleatur, vide quæ diximus latè in libro 4. harum interpretationum, in *l. 3. in §. purè de liber. & posthumis.* Et licet instari possit, quod in illa conceptione promittis, Titio aut Semptonio dominis meis, cui ex eis volueris, videatur etiam validitatem pendere, quia non est ab initio persona in qua nitatur stipulatio, cum nemini obligatio acquiratur ex illis dominis, tamen non potest negari, quin in vtroque sub conditione subsistat eo modo, quo subsistit in cæteris conditionibus, cogita quia hæc sunt subtilia valde, neque reperiuntur in repertorijs.

4 Sed quare leges antiquæ hoc disponebant, vt stipulari vel legare Titio, aut Seio non possit? Respondeo quia eludere posset debitor vtrumque & petenti dicere non illi, sed alij velle soluere, quod obligationem vitiat, vt in *l. 2. in §. Scæuola, supra de eo quod cert. loc.* vbi inquit Vlpianus, Eum, qui promisit Ephesi, aut Capuę, si fuerit in ipsius arbitrio vbi ab eo petatur, conueniri non potuisse, semper enim alium locum electurum. Sic in hac specie contingit ideo ibidem ob hoc tollitur reo electio, quæ non potest hic tolli, cui enim potius danda foret? quare magis Titio quam Seio? ideo hodie iure nouo sublata est controuersia medietatem dando cuilibet eorum.

5 Sed oppo. fortissimè ergo multo magis nullum debuit esse legatum, cum expreßè cui hæres velit, relinquitur, nonne melius eludet, cum expreßè id committatur, cum venienti dicere posset, non tibi dare volo, posset dici Delphicus soluat Apolo, sed dicamus vbi expreßè in voluntatem hęredis relictum est, cui debeatur, prima voluntas inspicitur, vt alias dicitur *infra de legatio. 3. in l. fideicommißa in paragra. sic fideicommissum,* at vbi Titio, aut Seio simpliciter relinquitur, potest perpetuo dicere hęres non tibi, sed illi, vel simpliciter nolo tibi dare, quare enim tibi magis dandum est? & ius metimur ex parte actoris, non rei, vt est text. in *leg. solemus supra de iudicijs, & in leg. cum quadam puella, in paragra. final. de iurisdictio omnium iudi.* text. est etiam in *l. 1. in paragra. 1. si pars hereditat. petat.* De suo enim non de alieno iure quemquam agere oportet, inquit text. in *leg. vti frui, si vsusfructus petat.* reus autem & de alieno iure rectè opponit, vt in *leg. final. Cod. de rei vendication.* verum est quod *dictus paragra. Scæuola,* non modicam habet difficultatem, sed non omnia vno loco sunt explicanda, ideo solum dicemus, quod *dictus §. Scæuola,* non procederet vbi electio loci est expresse commissa debitori, quia valebit, & declarare tenebitur, quo in loco dare debeat, argu. huius tex. sed si alternatiua esset simplex, nulla esset promissio, nisi eligere esset in potestate creditoris, quia eluderetur petitor, cùm non sit ratio, quare magis vnus, quam alius petere possit, secus autem vbi est expresse electio debitoris, quia eligere teneretur, vel eo non eligente quilibet agere posset, vt *infra isto titulo in lege cum quidam.*

Sed opponitur, quod alternatiua inter personas non vitiat iure isto, imo constituantur duo rei, vt in *lege ex toto in §. 1. supra de legat. 1.* sed ille tex. loquitur de personis debitorum, supra dicta vero quando alternatiua respicit creditores, tunc enim vitiatur dispositio, vt in *dicta lege 1. de stipulatione seruo.* & vide tex. *in lege ille, aut ille, infra de legat. 3.*

Sed opponitur, quod etiam iure isto alternatiua posita inter personas, quibus est ius quærendum non vitiet sed valeat, in persona vtriusque, vt probatur in *l. Titius & Seius, supra de hered. instituend.* vbi *Celsus* inquit, si ita concepta institutione. Titius & Seius Vter eorum viuet hæres mihi esto] existimo si vterque viuat, ambo hæredes esse, altero mortuo eum, qui superest ex asse hæredem fore & in *l. idem qua* dicit, Idem & in legato eodem modo relicto Senatus censuit.) Sed ad hęc possumus respondere, quod institutio prius per copulam fuit concepta, quæ hoc efficit. Nam duo casus ponuntur alter est quando vterque viuit vterque simul non alternatiuè censeatur institutus, alter vero quando vnus tantum viuit, & in hac vltima specie inducitur substitutio tacita ratione coniunctionis prioris, vt in *lege quia tacita eodem titul.* quæ est posita inter duas leges quæ ita debet intelligi, licet melius fecisset Tribonianus si illam ibidem non collocasset, forsan erat posita in margine ab aliquo non bono iuris consulto, vel glossulario, & postea fuit intus inserta, vt sępe contingit à transcriptoribus, vel librarijs fieri sicut & nos aliquando experti sumus, quod tamen non potuimus præcauere, cum distemus longè à prælo. 6

Sed ad *dictam legem Titius* redeamus, quæ etiam si non præcederet copula, forsan procederet ratione conditionis, quę licet insit, expressa

preſſa tamen ambiguitatis rationem explicare videtur:ſed valde hoc dubium eſt,nam in contractibus,vt ſupra diximus, apertè eſt nulla illa diſpoſitio,vni eorum viuat promittis?vt in *d.l.ſi ſeruus*, quod cadẽ ratione & in vltimis volũtatibus obſeruandũ videtur, ſed videtur expreſsũ, in *l.qui ſoluendo*, *ſupra de hæredib. inſtituen.* vbi inquit *Iulianus* qui ſoluendo non erat, duos Apolonios liberos hæredeſque eſſe iuſſerat altero ante apertas tabulas teſtamento mortuo non ineleganter deſendi poterit eum qui ſupererit, liberum & ſolum neceſſarium hæredem fore, quod ſi vterque viuit inſtitutionem nullius eſſe momenti, propter legem Aeliam ſentiam, quæ amplius quam vnum neceſſarium hæredem fieri vetat.] Subiungit *Paulus in l.ſequenti*, inuicem enim eos ſibi obſtare, ſed ibi non fuit alternatiua inſtitutio, & prohibitio, ratione effectus erat inducta, vt *ibidem* ſentit *Cumanus* & probatur in *§.in fraudem*, *inſtitut. quibus ex cauſ. manumit.non licet*, ibi,& ipſa re, denique ibi prohibitio legis hoc efficit,non vero defectus conceptionis inſtitutionis, cum valeret ſi teſtator eſſet ſoluendo, ideo cogitandum relinquo, quod ſi expreſſum non eſſet vter eorum viueret in *dicta leg.Titius*, ſed ita eſſet ſcriptum, Titius aut Seius hæres eſto, in hac cauſa teſtator rem inexplicabilem conſtitueret, ideo vitiabitur inſtitutio iure digeſtorum, licet aliqui vim conſtituant in copula, non in conditione illa vter eorum viuat, vt patet ex his quæ *Iaſon* adducit in *dicta l.cum quidam*, *Cod. de verbor. ſignificationibus in 3.columna in numer.* 2. Sed non allegat dictam legem, quod verum erit, vbi conditio non adijcitur, vt valeat ita conceptà diſpoſitio, Titio & Seio vel alteri eorum, iuxta *leg.ſi fundum*, *ſub conditione,in §.his verbis delegat.* 1. vbi inquit *Iulianus*, his verbis Lucio Titio eorumve, cui fundum do lego, vtiliter legatur, & ſi vterque vixerit vtrique ſi alter, alteri to-
8 tum debebitur.] Sed conditione adiecta vter eorum viuat, puto valere etiàm ſi diſiunctione Titio aut Seio legatum fuerit, & ita erit declaratio valde notanda, alioquin propè conditio omnis erit reijciẽda, & hæc diſpoſitio vtroque viuente non eſt alternatiua, ſed coniunctionis vim obtinet, ſimpliciter autem Titio aut Seio legatum factum iure iſto non valet, neque inſtitutio, neque quod alter moriatur vel repudiet, vtilis fiet inſtitutio, vel legatum, cùm enim à principio non valuerit, ex euentu non poterit vires aſſumere, vt habetur in regula Catoniana. Copula ergo erit neceſſaria vel conditio, vt valeat prædicta diſpoſitio, & tunc diſpoſitio ſub ea conditio facta, in coniunctam potius accipitur, vt in dictis legibus.

9. Sed opponitur, quod valeat obligatio alternatiua etiam ipſo iure,vt in *l.eum qui ita*, in *§.qui ſibi aut filio infra de verborum obligationibus*.Solutio, ibi vna ex perſonis in alternatiua poſitis acquirebat alteri, ideo valet obligatio alternatiua, nam ſi Titio aut ſeruo eius legetur, etiam iure iſto legatum debebitur, ſecus autem ſi Titio, aut Seio,quorum alter alteri non quærit, quod ei ſubiectum non ſit.

Sed opponitur de *eodem §. qui ſibi*,ibi, neque intereſt, ſibi aut extraneo cuilibet, an ſibi, aut 10
filio ſuo quis ſtipuletur, quare vel manente in poteſtate vel emancipato filio rectè ſoluitur,] ideo dic quod in legatis verum eſt, vt valeat legatum ſibi aut filio factum, ſed in ſtipulationibus non poteſt quis filio ſuo ſtipulari, vt text.ibi dicit,Quòd ſi ſoli filio ſuo, qui in poteſtate ſua ſit dari quis ſtipulatus ſit, non rectè filio ſoluetur, quia filij perſona obligationi magis,quam ſolutioni applicatur. Ideo in ſtipulationibus nulla facta diſtinctione perſonarum dicendum eſt,quod valet ſtipulatio alternatiua, quia perſona alia, quam eius qui ſtipulatur alternatiuè cum ea poſita efficit vt adiecta videatur, denique & ſi conceptio ſit alternatiua, tamẽ ſubſtãtia ipſa obligationis in ſola perſona ſtipulantis conſiſtit, & illi,qui adiectus eſt ſolui poteſt, nõ tamen ei quæritur obligatio, quia vt inquit ille text. Coniuncta ſua perſona efficit vt non acquirendæ obligationis gratia, ſed ſolemnis cauſa perſonam filij adhibuiſſe intelligatur,) & ita ibi alternatiua non vitiat ſtipulationem, quia vna quidem pars illius alternatiuæ interpretatione iuris non reſpicit obligationem, ſed ſoluendi poteſtatem, quia alteri per alterum,non poteſt adquiri ſtipulatio vt in *leg.ſtipulatio iſta,in §. alteri.eod.titu.de verbor.oblig.*

Quo fiet vt ſi Titio, aut Seio legem, ſi alter eorum fuerit incapax valebit legatum, quia interpretatione iuris, vni tantum legatum videtur,vt apparet ex notatis in *l.ſi Titio*, *& ei qui capere non poteſt ſupra,iſto tit.*fac.in argument.text.in *l.ſeruum filij in §.ſi idem ſeruus ſupra de legat.* 1. vbi legatum quod non valeret alio exiſtente, valet eo deficiente.

Neque obſtat quod vbi Titio & Seio legatur, vtile eſſe legatum poſſet quoad Seium dicere Titius, ſed reſpondetur quod idem dicere poſſet,quoad Titium Seius, & ita non eſt vitiũ vnius, ſed vtriuſq; cum tamẽ vterq; de ſe capax eſſet, text. eſt ſingularis vbi cum l.præcedenti determinantur in *l.nam cum vterque infra de ſtipulatione ſer.* vbi inquit *Paulus*, nàm cum vterque obligationis capax ſit, non inuenimus quis adiectus ſit, quia non eſt qui petere poſſit.] Facit tex.notand.*in l.ſed ſi ita,eod.tit.*vbi inquit *Iulianus*, ſed ſi ita ſtipuletur Titio decem,aut Mæuio fũdum dare ſpondes? quia incertum eſt vtri eorum acquiſierit actionem,idcirco inutilis ſtipulatio exiſtimanda eſt.]

Ex his intelliges, & corriges aliqua eorum, quæ adducit *Iaſ.in dicta l.cum quidam*,nam quod ponit in octaua limitatione ad adiectionẽ potius pertinet,quã ad obligationẽ, adiectus vero quaſi procurator eſſe videtur, ad adiectos autẽ

dicta

dicta lex, cum quidam non pertinet, sed ius antiquum est conseruandum.

12 Et hæc intellige quoad personas alternatiuè positas in dispositione honorando, vel grauando, si vero ponatur in conditione alternatiua claram habet interpretationem, cum sufficiat vt altera pars sit vera, vt in *leg. si plures, de conditionibus insert.* & idem quando personæ tamquam res ponuntur in dispositione, quia tunc erit electio illius cui id conceditur, vt puta si mihi petenti, vt committatur causa à principe, committatur Titio, aut Sempronio, aut alteri eorum, vel simpliciter Titio, aut Sempronio, eligam, cui velim præsentare commissionem, quia tunc personæ quoad interpretationem, rerum vicem obtinebunt, cum ille cuius est commodum, vt sic dicam, est pars, res vero est iudicum persona, & ita intelliges penitus multa, quorum ratio vulgo ignoratur, quando autem post copulam adijcitur alternatiua, inter partem & totum, dic per *Bartol. in l. haeredes mei, in §. cum ita, infra ad senatusconsult. Trebell.* cuius dicta hic non sunt examinanda, quia non pertinent ad istam legem, vide *ibi Alexand. & Ripam.*

Item nota ex text. quod in vltima voluntate possunt constitui duo rei debendi & credendi, quod *dictus Peralta* dicit aliter, & alio modo, sed in re aperta non est opus adijcere verba obscura, vt aliquid dixisse videaris: quod semel dixisse nobis sufficiat, licet sæpius dici posset: ea ergo quæ in contractibus sunt reperta, possunt in vltimis voluntatibus etiam applicari, nam & contractus misceri possunt in testamento, & potest testator ab hærede

13 iuramentum exigere, & stipulari, vt *infra isto tit. in l. cum pater, in § filium matrem*, & contractus etiam potest in testamento misceri, vt in *l. vxorem, in §. agri plagam, infra de legat. 3. & supra de leg. 1. in l. fideiussor, in §. meminisse*, melius in *l. si auia C. de iure deliberandi.* vide in *l. haeredes palam, in §. fin in gloss. supra de testamentis.* sed hæc vulgaria sunt, sicut & illud quod valeat argumentum à contractibus ad vltimas voluntates.

Et adde quod *Bartol.* notat ex isto textu, quod per alternatiuam constituentur duo rei debendi, & *Bartol.* ad hoc notat text. in *authentica. si quando C. de constit. pecuni.* sed *D. Petrus Peral.* hic dicit, quod ille text. in æternum hoc non probabit, sed mihi videtur, quod euidentissimè id probet. nam dicit, quod si promitto me, aut Titium dare decem, quod in solidum teneor, si enim hanc vim alternatiua non haberet, solum pro parte essem obligatus. cætera dic per *Angel. de Perigl. post. Bartol.* & quæ dicemus in l. sequenti, in §. final. vbi omnino videatur, & ibi in fine declarabimus gloss. hic positam ne eadem res repetatur sæpius.

Franc. Sarmient.

SVMMARIVM

ex l. Si quis Titio.

1. *Legatarius rogatus pure restituere, an satisdare teneatur.*
2. *Nudus minister an habeat actionem.*
3. *Deficiente fideicommisso, quando res remaneat penes grauatum.*
4. *Singularis interpretatio l. Seio amico de ann. legat.*
5. *Legatum pro anima an sit pium.*
6. *Aliqua sunt legata fauorabilia licet non sint pia.*

M*Arcellus.* Si quis Titio decem legauerit, rogauerit, vt ea restituat Mæuio, Mæuiusque fuerit mortuus, Titij commodo cedit non hæredis, nisi duntaxat vt ministrum Titium elegit, idem est, etsi ponas vsumfructum legatum.] Legatarius rogatus pure restituere 1
legatum, non est nudus minister, ideo deficiẽte fideicommisso res apud eum remanet, nisi testator voluerit, eum esse nudum ministrum: nudus autem minister est apud quem nulla potest remanere vtilitas, quod est proprium, vbi illius incapax est, nisi quæratur titulus vel color fraudis, vt in *l. Sulpitius, supra, de donatio inter vir. & vxor.* Si enim capere potest, difficile est nudum esse ministrum, nisi id exprimat testator.

Sed an hic, de quo in text. satisdare compellatur, quod videtur, quia non est nudus minister, vt *supra tit. proximo, in l. si à pluribus.* notat *Bart. in l. neminem, supra eodem.* sed contrarium puto, quia considerato præsenti statu nullam vtilitatem habet, ideo si pure grauetur, non tenebitur satisdare, ne in plus grauetur, quam honoratur, vt in *eod. l. imperator, in §. cum quidam.* secus si in diem, vt in *l. peto in §. fratre, & in l. imperator in princip.* sed an habeat actionem? respondeo hoc dubium non est, imo iure isto fideicommissarius, nisi per eum exigere, non potest, vt in *dicta l. imperator.* hodie vero datur & fideicommissario actio per *l. 1. in §. & hac disponimus C. communia de legat.*

Sed quid in nudo ministro an habeat actio- 2
nem? Respondeo si prius sit factus legatarius etiamsi postea dicatur, quod sit nudus minister, puto actionem ei dari, nam fideicommissario non dabitur: vt in *dicta l. imperator.* & hoc patet quia incapax, qui necessario est nudus minister ab vtilitate habet actionem vt restituat. argum. *dicta l. Sulpitius, & l. cogi in §. hi quis solidum, cum ibi notatis, ad senatusconsultum Trebell. & in l. cum ei, infra isto titul.* nam idem esset si in totum esset capax, si vero sit nudus minister, & à titulo & vtilitate non habet actionem, & dico ab vtilitate nudum in rebus, quibus constat legatum: licet enim executori testamentario aliquid legetur, tamen dicam eum nudum. licet enim quoad onus satisdationis non dicatur nudus minister, vt in *l. solent, infra de alimentis legat. in 2. responso, & in dicta l. si à pluribus.* tamen quoad actionem nudus minister dicetur, & etiam quoad vtilitatem. & ita nota quod potest

 dici

constat de debito, vel obligatione, tunc debitum censebitur, non legatum; si verò non constet, aut est Titius pauper, aut non, si est pauper erit, legatum pium, sicut legatum dotis factum mulieri pauperi, pium est, secus si diuiti, vt per *Bartol. in l. si alio, in numer. 4. de alimen. legat.* faciunt notata per ipsum in *l. solent, in nu. 13.* ad quod facit dicta gloss. cum qua est communis opinio secundum *Iason. in l. 1. in 1. lectur. col. penult. C. de sacrosanct. eccles.* & per *Decium consil. 120. quasi per totum.* & vide *Ioan. Dilect. Guald. in tract. de arte testand. in tit. 2. cautel. 2. in num. 5.*

Denique vt legatum dicatur pium, requiritur vt in legatario versetur pietas, siue sit consanguineus, siue exterus, vt bene *Dom. Petrus Peralt. hic, in num. 14. & 15.* Neque obstat quod aliquando insit iustitiæ obligatio, quia etiam illa pietas fundatur ratione pietatis, vt in *l. si quis à liberis, in §. sed si filius, de liber. agnoscend. supra.* & ita non cessat pietas.

6 Aliquando tamen legatum de se licet non sit pium, est fauorabile, vt legatum alimentorum & dotis siue diuiti, siue pauperi relinquatur, vt in *l. 1. C. de fideicommiss. & in l. cum hi, in §. eam transactionem, supr. de transactionib. in versi. nihil autem,* vbi inquit *Vlpianus:* Nihil autem interest vtrum libertini sint, quibus alimenta relicta sunt, aut ingenui, satis locupletes, an minus.] & in *l. cum his, in §. si in ea opinione, supra de condict. indeb. & in l. 1.* ibi, semper & vbique solu. matrim.] & in legato causa studij, vt notatur *in dict. l. 1. sup. de solut. matrim.* libertas autem omnium maximè fauorabilis est, vt in *l. libertas omnibus rebus fauorabilior est, infr. de regul. iur.* Vnum notandum est quod legatum ad faciendum monumentum, neque est pium neque fauorabile, vt in *l. 1. in § fic, infr. ad leg. falcid.* id potius ad vanitatem pertinet, quam ad pietatem, & ideo de ijs qui talia ædificant, dicitur in *Psalm. 48.* Vocauerunt nomina sua in terris, & alia quæ ibi habentur, & *Ierem. 17.* Recedentes à te in terra scribentur.

SVMMARIVM

ex §. Si hæres.

1 *Vtrum legatum factum vni ex libertis, non designato cui valeat.*

2 *Titio aut Seio legatum factum, an valeat, quid si hæredi detur electio. num. 3.*

4 *Vtrum quilibet in solidum petere possit.*

§. SI hæres damnatus esset, decem vni ex libertis date, & non constituerit cui daret, hæres omnibus eadem decem præstare cogendus est.] Opponitur quod hoc legatum

1 vitietur. vt in *l. qui plures, infra de vsufruct. legat.* Solut. ibi testator dixit se designaturum, cui velit solui, hic in voluntatem hæredis electionem reliquisse videtur, ideò si hic vni ex libertis legasset, quem dixit in codicillis se designa-

turum, si non designauerit, inutile est legatum, quia perfectum non videtur non existente, cui datum intelligi possit,] vt dicit ille text. aliud enim est testatorem certo homini legasse, de quo non sumus certi, quia vitiatur tunc legatum, aliud incerto homini legare eligendo per hæredē, quia tunc valet legatum, & nota quod hic ex verbis legati apparet electionem datam esse hæredi, cum ad eum legati verba referantur. dixit enim vt esset damnatus hæres.

Sed quid si verba non essent relata ad hæredem, si ita esset scriptū, Vni ex libertis meis lego decem, vtrum vitietur legatum, quod videtur. argum. *l. duo sunt Titij, supr. de testam. tutel. & supr. isto tit. in l. si quis seruum, in §. si inter duos.* Sed contrarium puto, immo quod valeat legatum cum aliud sit legari Titio existentibus duobus Titijs vel liberto, existentibus pluribus libertis, aliud verò vni ex Titijs, vel vni ex libertis, quia tunc valet legatum, & est electio hæredis cui det, vel eo non eligente omnes admittentur. ratio est manifesta, quia altero casu vnus solus certus qui nobis est incertus, habet voluntatem defuncti in legato, alij verò non habent neque in actu neque in potentia, altero verò omnes habent voluntatem defuncti, ita vt hæc voluntas possit reduci per hæredem ad actum arbitrio suo, quo cessante illa aptitudo, quæ omnibus est communis, redditur ad actū per legem, vt *hic & infra isto tit. in l. cum quidam,* & ita illa decem, quæ vni ex duobus Titijs dare poterat hæres, diuidentur inter vtrumque, & illa decem, quæ vni ex libertis date poterat hæres, inter omnes diuidentur, quod est valde notandum, sed adhuc habet difficultatem, vt statim dicetur.

Opponitur quod vitietur legatum in ista 2
specie, vni ex Titijs lego decem, vel vni ex libertis, sicut & in illa vitiatur, Titio aut Mæuio lego, vt diximus *supr. eod. in l. si Titio aut Seio,* quia nisi exprimatur cui hæres velit, vitiatur legatū, ergo eodem modo debet vitiari legando vni ex libertis. Solutio. Hoc forsan verum est nisi verba dirigerentur ad hæredem vt hic, quia text. qui de hac materia loquuntur, exprimunt in voluntate hæredis esse relictum, qui daret, vt in *dict. l. cum quidam la magna, & in l. vnum ex familia, in princip. infr. isto tit. & in l. cum pater, in §. hereditatem, & in §. à filia, & infr. de reb. dub. in l. vtrum, in §. cum quidam.* si verò esset expressè relictum vitiaretur legatum, vt videtur expressum in *l. si fuerit, infr. de reb. dub. in fin. princip.* vbi inquit *Vlpianus,* Si ex pluribus seruis eiusdem nominis vni vel quibusdam libertas relicta est, verius est in his omnibus etiā legata & libertates impediri. facit text. in *l. si quis de pluribus, eod. tit.* sed facile iste text. posset vitiari, si prædicta oppositio solui posset, quia non constat, quod ibi dixit testator vni, sed sunt verba legis quod vni legauit, puta Titio, vel liberto, neque adiecit cui ex illis, sed obstat illa difficultas, quod Titio aut Sempronio legatum relictum non

valet, nisi verba dirigantur ad bæredem ant Titio aut Sempronio hæres decem dato, nisi debeat fieri differentia inter illam conceptionem, Titio, aut Sempronio liberto lego, & illam, Vni ex libertis meis decem lego, cum fuerit Titius & Semptonius libertus.

3 Mihi verò vtrumque placet, vt si electio expresse detur hæredi, vel verba dirigantur ad hæredem, vt valeat in vtraque specie legatum, tam in priori specie subalternatiua expressa, quam in posteriori scilicet vni ex libertis meis decem dare. Si verò neque detur electio expressè, neque tacitè, quia neque verba sunt directa ad hæredem, & tunc licet alternatiuum legatum non valeat, puto tamen ita conceptũ, vni ex libertis meis lego deeem, valere, & hæredis esse electionem, non obstat huic posteriori prior species, quia dissimilis est cõceptio, adeoque vni ex libertis decem legentur, hodie etiam non dabuntur omnibus, per *l. cum quidã, de verbor. significat*. sed electio hæredis erit, quia dicta l. loquitur in priori specie, non in ista, ex quo apparet non esse eiusdem rationis istas conceptiones.

Neque me mouerit, quod *dicta leges cum quidam, & l. vnum ex familia, & l. cum pater*, loquantur electione expresse concessa bæredi, quia id faciunt vt species, quæ fingitur clarior sit, cum ibi non tractent quomodo hæredi detur electio, sed ea clare præmissa tractatur, quomodo sit intelligenda, & ita solent facere iurisconsulti, & quilibet non imperitus, vt quæstio de qua agitur sit clara & distincta, vt factum in quo de iure est controuersia, non possit esse ambiguum. aliter enim proponens factum, foret reprehendendus, vt in *l. Domitius Labeo, supra de testament*. & subtilius *Scæuola in l. à testatore, infra de conditio. & demonstrat.* licet ipse non semper hoc obseruauerit, adeo vt dederit aliquibus causam eum acriter reprehendendi: denique cogitandum censeo, quæ dictarum opinionum potior sit. quælibet enim earum melior est, quam quod *Bar. & doctores hic* volunt, testatorem expresse hæredi electionem concessisse, quod maximam diuinationẽ continet, & textus vtilitatem euertit. dandum est ergo in hoc tex. illi quem hæres elegerit, licet electio non sit expresse concessa à testatore, quia tacite videtur concessa, vel eo non eligente diuiditur legatum.

Sed opponitur quod non diuidatur legatum, sed quod multiplicetur, vt *supra tit. proxi. in l. qui filiabus in* §. 1. Sol. hic declaratio tacite vel expresse fuit commissa hæredi, ibi vero euentui, vel fortunæ; quæ cum affectione non moueatur, non potest esse suspecta, vel dic vt per *Bar. ibi*, quia nihil habet commune iste casus cum illo.

4 Sed adhuc opponitur, quod quilibet insolidum petere possit hærede non eligente, vt *supra eodem l. si Titio aut Seio*, vbi si Titio, aut Seio quem hæres elegerit, legetur, eo non eligente, quilibet in solidum agere potest. Solut. secundum Bartolum text. ille loquitur in legato alternatiuo ratione personarum in quo constituuntur duo rei credendi, hic vero legatum fuit vni ex certis, quem hæres elegerit: sed *Dinis*, vt *Albericus* refert, *& Cyn. & Rayner*, quos refert *Ioannes de Imol.* dicunt concordare in hoc istum text. cum illo, quia hic, & ibi quilibet in solidum agere potest, non eligente hærede, & si concurrant diuiditur legatum, & qui præuenit præferatur, nisi absentis ratio habeatur, vt dicemus *infra isto titul. in l. cum quidam*. & hæc opinio videtur verior contra Bart. & Raphael Cuma. hic & Angel. de Perigl. & Paulum in l. contraria, quia non differunt hæc legata, vbi expresse est data electio hæredi, licet verborum formula non sit eadem, & Paulo quidem videtur mirabile quod differat, Legare illi, vel illi ex libertis meis, quem hæres elegerit, vel vni ex libertis meis, quem hæres elegerit: tamen non est mirabile cum sit falsum. neque enim inter istas conceptiones est differentia in hac materia, licet in alijs possit esse, vt in *l. qui decem in §. Stichum, aut Pamphilum infra de solutionib.*

Denique hic omnibus dandum est, omnibus instantibus, alioquin soli petenti, vt *in dicta l. cum quidam*, quod etiam in specie *dicta legis, si Titio aut Seio*, admitti debet, licet *Angel. de Perigl. hic* aliud velit, & glo. in dicta l. qui voluit negotiorum gestorum actione posse illum, qui non egit partem suam recuperare, sed defendi id potest, si iudex absentis rationem habẽdam existimauerit, vt in *dicta l. cum quidam, cum l. sequenti, quæ incipit si tamen*, quod est valde notandum, ad quod facit *l. si vnus, infra de bonis autho. iudic. possidend.* & vide *l. si non expedierit in* §. 1. *& in §. quod si vtroque instante*. Sed nota quod illi tex. loquuntur, quando vterque habet ius ab initio, hæc vero materia quando solum ex mora hæredis, quæ soli instanti & constituenti in mora proficit, quod nota ad *dictam l. cum quidam*. ideo requiritur quod expresse iudex rationem habuerit absentis.

SVMMARIVM
ex lege Hæredem.

1. *Conditionalis dispositio non pertinet ad regulam Catonianam.*
2. *Vbi incapacitas est in disponente nihil facit futurus euentus.*

C*Elsus*, Hæredem meum ita tibi obligare possum, vt si quandoque ego moriar, tuus seruus Stichus nõ erit, dare cũ tibi damnas sit.]

Quia regula Catonis non habet locum, vbi 1
testator sub conditione ad illam excludẽdam disposuit, alioquin cauillatione quadam testatoris voluntas excluderetur, vt probat *Celsus, in l. 1. illius titul. de regul. Catonian.* qui proprie in simili specie tex. nostri loquuntur. idem tamen erit in qualibet alia conditione, vt in *eodem titul. in l. penulti. & antepenultim.* & ita secundum

dum Albericum hic fieri potest dispositio in tempore inhabili, si ad tempus habile conferatur, quod verum est, vbi defectus ex parte rei est, vt hic vel ex parte personæ in quam dispositio confertur, vt apparet ex his, quæ diximus in *l. Gallus, in princip. de liber. & posthum.* est text. in *l. in tempus, supra de heredi. instituend.* quia tunc maxime cauemus, ne fraus legi fiat, cum capacitatem in conditione ponimus. facit text. in *l. si quis locuples, de manumiss. testament.* optimus text. in *l. cum hereditas, iufra qui & à quibus manumiss. liber. non fiant.* sed & si non ponatur capacitas in conditione. Sed qualibet alia conditio sufficit, vt tempore impleræ conditionis cesset impedimentum vt dictis legibus, & optime probatur in *l. cætera, in §. 1. sup. tit. proximo.*

2 Quæ omnia vera sunt, nisi incapacitas sit in disponente, quia tunc neque si conditio adijciatur potest actus valere, etiamsi defectus, vel vitium purgetur, vt in *l. si minor, sup. de seru. export and.* sed de hoc alibi dicemus. vide doctores in *l. ne moram suam infra de verb. obligat.* & vide quæ etiam diximus in *l. cum fundus supra eodem*, sed illa potius pertinent ad tempora media, vt in *l. si alienum in §. in extraneis sup. de heredib. instituend.*

SVMMARIVM
Ex l. Si is cui.

1. *An hoc sit speciale in vltimis voluntatibus.*
2. *In repetitione indebiti soluti alternatiue, cuius sit electio.*
3. *Opiniones contrariæ inter iurisconsultos.*
4. *Lex ista est hodie correcta.*
5. *In electione actionum, vtrum error noceat.*
6. *Intellectus l. si patronus, infra si quid in fraud. patron.*

IDem Celsus. Si is, cui legatus sit Stichus, aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicauerit, amplius mutandæ vindicationis ius nō habet, tamquam si damnatus hæres alterutrum dare, Stichum dederit, cum ignotaret sibi permissum vel Pamphilum dare; nihil repetere poterit.]

Oppono fortissime cum gloss. *d. l. si is cui, in §. final. supra de condictio. indebit.* vbi datur repetitio, inquit enim text. qui hominem generaliter promisit similis est ei, qui hominē aut decem debet, & ideo cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, cōdicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.] Hæc est difficilis oppositio, si doctorum opiniones sequamur, sed non erit difficilis intellecta veritate. 1 Prima igitur solutio, quæ videtur posse illi legi adaptari, est quod ille tex. loquatur re alternatiue debita ex contractu, hic vero ex vltima voluntate, & huic solutioni cōsonant quæ doctores volunt, quod hic executio fiat à lege cum dominium per ipsam transferatur, vt in *l. à Titio de furt.* Sed hic modus dicendi verus esse non potest, quia in legato alternatiuo non transfertur dominium, nisi facta electione expresse, vel per traditionem, ergo traditio hic transfert dominium, & secuta traditione, si in causa non est defectus nihil differt contractus ab vltima voluntate, ergo non potest hæc vis tradi titulo, sed executioni, vel traditioni, præterea secundum *Angel. de Perigl.* etiam rebus alienis legatis locum habet hic text. ideo hæc solutio est in difficili.

Alia secunda solutio potest applicari secundū DD. qui sentiunt non interesse inter cōtractus, & vltimas volūtates. Sed quod hic tex. loquatur in re legata, vel debita alternatiue, ille vero in legato generis, ratio autem differentiæ clara est, quia res alternatiuè legatæ, vel promissæ ambæ sunt in obligatione, ideo cū soluitur vna ex his, ea quæ debebatur, soluitur, vt in *l. illud de consti. pecun. sup.* sed promisso homine in genere nullus specialiter est in obligatione sed in solutione, vt in legib. allegat. à gl. in *d. leg. si is cui*, vt apparet ex his quæ refert *Iason in leg. serui electione in princip. in 2. col. in n. 6. sup. de legat. 1.* 2

Sed opponitur quod nihil interfit inter istas obligationes, quinimo *Iulianus in dicta l. si is cui.* dicit esse similes. Sol. secundum doct. similes sunt, sed non in hoc, & ita respondēt cōmuniter doct. in *d. § fi.* sed mirandum est de doctoribus, cum *Iulianus* faciat similes vt argumentetur ad hoc de quo agimus, & contra eius mentem & verba dicant, non esse similes in hoc. vide verba tex. quæ supra retulimus, & ideo, &c.

Mihi vero euidens est solutio & clara, quam licet nō perfecte subsensit *hic Acursius*, quod inter iurisconsultos fuerit apertissima repugnantia, nam in hac re fuerunt varij. & hæc veritas non est somniata, sed expressa à *Iustiniano in leg. pen. C. de condiction. indebit.* vbi *Iustinianus* refert Vlpianum, Marcellum, & Celsum existimasse, vt si quis Stichum, aut Pamphilum, quem voluerit debeat, si ambos soluat per errorem, esse in potestate accipientis, quem restituat, quasi errorem nocere soluenti in alternatiua obligatione. *Papinianus* autem, & *Iulianus* putāt integrum remanere ius eligendi ei, qui prius id ante solutionem haberet, & ita errorem nō ei nocere, quod si error non consumit ius eligendi, ergo solutio errore facta repeti poterit, & ita hoc voluit *Iulianus in dicta l. si is cui contra Celsum hic & Vlpian. & Cel. in l. si non fortem, in § si decem inf. eod. ti.* quod si dicas, vt *Bar. & alij* quod *l. penul. C. de condictiou. indebit.* loquatur quando per errorem soluitur vtrumque ex alternatiua, non quando vnum, replicabo hoc eiusdem rationis esse. nam si error nocet, retinere quod velit, poterit, si error non nocet, ergo siue vna res siue vtraque soluatur, repetetur arbitrio debentis quasi adhuc remanente iure eligēdi, quod sibi prius cōpetebat, nam vel inuitis doctoribus hic in ista lege error adimit electionē, & hæc est opinio Celsi, ibi non adimit secundum Iuliani sentētiam Celso, Vlpiano & Marcello contrariam, quam probauit Papinianus. 3

Opinio ergo iurisconsultorum hæc est, vt si debitum sit in genere, semper facta electio- 4

ne per errorem fieri possit repetitio, & idem erit in legato optionis, quod generico assimilatur, vt in *l. Scyphi, cum l. sequenti, de option. legata.* & quod legatum optionis proprius generico, quam alternariuo compatetur, voluit expresse text. in *l. qui decem, in §. Stichum, aut Pamphilum in fine, infra de solutionibus.* qui est text. valde notandus.

Aut legatum, vel obligatio fuit alternatiua, & tunc error secundum opinionem Celsi hic & Vlpiani nocet, secundum vero opinionem Iuliani, & Papiniani numquam nocet. & hæc est veritas. Ex his apparet, quod cum *Iustinianus* sententiam Iuliani & Papiniani probauerit in *dicta leg. fin.* & quod lex hæc erit correcta, vt bene dicit gloss. & ita omnia, quæ doctores inferunt, ex ista lege corruent, nam licet verum sit, quod vbi est facta executio, nõ admittatur purgatio moræ, ne que pœnitentia, vt alibi probatur, non tamẽ hic: licet nos secuti vulgarem allegationem aliquando hanc legem ad hoc allegauerimus in libro 3. in cap. 5. Sed melius probatur in *leg. apud Aufidium, infra de optione legat.* vide *Bart. in l. si insulam. 4. qu. de verbor. obligat.* vide ibi recentiores *Crot. col. 14. Iason. 17.* vide *Tiraquel. in l. si vnquam, verbo reuertatur, in numer. 253. cum sequenti.* ideo semper potius est, quod in proprio loco te discussa profertur, quam quod parergon aliud agendo incidenter, optimus text. in *l. 3. in §. Scio, supra de minoribus.* 4

Non igitur hic agitur de executione legis, nam hic potius executio fit hominis traditione vt infra dicemus, sed solum tractatur an error excuset, vel non, vel ius electionis consumat, & certe etiamsi hæc controuersia non esset per Iustinianum pro Iuliano sopita, nihil aliud de iuris necessitate dici poterat, non enim consentit, qui errat, vt in *l. si per errorem supra de iurisdi. omnium iudic.* item electio animi destinatione proficitur, ea autem quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt,] inquit *Papinia. in l. an totum, infra de regul. iur.* quinimo & voluntas, quæ præsupponit, nunquam habet vim, si in præsupposito vitium inerit, vt in *l. 3. in §. 1. in versicul. Scio, supra de minor.* & diximus in libello de redditibus ecclesiasticis, in 1. parte in cap. 3.

Item quomodo elegisse dicetur ille, cui vna tantum res eius animo versatur, electio enim est plurium, nõ vnius rei: item quod omnes res sint in obligatione quid efficit, vt inuitus electionem à lege datam quis amittat?

Ex his respondebis ad omnia, quæ doct. hic allegant in contrariũ, quod vbi rem meã trado tanquam tuam, non transfero dominiũ, vt in *l. 3. in §. subtilius, de cõdictio. caus. data.* respõderet idem in electione secundũ opinionem Iuliani cõtingere, in opinione autẽ Celsi sufficit vt res sit debita, & ita ille tex. non procederet secundum eum in re debita, licet in solutione error cõtingeret, item distinctio inter hominẽ in genere vel alternatiue debito, quoad repetitionẽ non potest esse vera, quia in vtraque specie id quod solutur nõ est indebitum, cum solutione non erronea in vtraque specie contingit liberatio. erat igitur est id quod totũ hoc efficit, quod si in facto sit, ex quo cõdictio indebiti oriri solet, non est cur soluenti nocere debeat, & ita Iulianus existimat quoad repetitionẽ eiusdem esse rationis prędictas obligationes genericam, & alternatiuam, & hoc etiã probatur in *l. fin. in §. sin autem nescius, C. de furt. & seru. corrup.* vbi in ignorantia non consumit ius electionis in alternatiua, etiamsi alternatiua sit legis, in qua magis dici poterat fieri executionem à lege, quam in alternatiua ab homine concessa, & illam legem allegat *hic Cumanus.*

Sed oppon. fortissime, quod in electione actionũ ignorantia præiudicet, vt in *l. si patronus hæres, inf. si quid in fraud. patron.* quem allegat etiã *Cuman.* qui semper aliquid præter alios adducit, videamus literam legis, vt eam penitus intelligamus, quia doctores vt puto, non eam intellexerunt, Si patronus hæres institutus ex debita parte, (inquit *Vlpianus*) adierit hæreditatẽ, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus an succurri ei ius ignoranti debeat ne decipiatur liberti fraudibus, & Papinianus lib. 14. quæstionum respondit in eadẽ causa manere ea, quæ alienata sunt, idcircoque patronum sibi imputare debere, qui cum possit bonorum possessionem accipere contra tabulas, propter ea quæ alienata vel mortis causa donata sunt non fecit.] 5

In primis notandum est, quod in illo tex. est duplex littera, vna ei ius ignorãti, & secũdum istã literam est solutio clara, quia loquitur de ignorantia iuris, sed & ignorantia iuris non nocet, quando quis ex sua voluntate et repellendus secundum *Bart. in l. Clodius de acquirenda hæreditat.* per text. in *l. si is ad quem & in l. hæres institutus, & in l. sequenti eod. tit.* Sed dicit *Bart.* quod hic ponitur opinio Papiniani quæ reprobatur per *Paul. in eadem leg. Clodius.* vel in hoc residet quod hic perditur facilius actio rescissoria, quia contra ius ciuile inducitur vt in *l. in honorarijs, in §. sed cum rescissa, de actioni. & obligationib. inf.* *Cumanus* autem vult errorem iuris, vbi minus vtile remedium elegit sibi præiudicare, & dicit esse incognitum dict. tex. ad hoc, & à nemine intellectũm, & idem ego dicere possum, cũ neq. ipse *Cumanus* eum intellexerit. quia hæc solutio falsa est, neq; hæc litera defendi potest, nã hic error facti fuit, vt expresse tex. dicit Dũ ignorat aliqua liberrũ in fraudẽ suã alienasse,] quod ad facti ignorantiã pertinet, ideo melior illa litera quæ habet. an succurri eius ignorãtiæ debeat.] ergo ignorantia facti in electione nocet etiam secundũ Papiniani sententiã contra sup. dicta.

Ego puto quod ille tex. aliter debeat intelligi, quia secundũ intellectus DD. ille text. multum esset alienus à perspicuitate ingenij & elegantia Vlpiani. Si enim dicimus loqui de ignorantia 6

rantia iuris, repugnat verbis supradictis; si de ignorantia facti, repugnat etiam verba text. Idcircoq; patronum sibi imputare debere, qui cũ posset bonorum possessionem accipere contra tabulas propter ea quæ alienata, vel mortis causa donata sunt, nõ fecit.] quomodo si ignorabat alienata, & sibi competere bonorũ possessionem contra tabulas cum adiuit, poterat sibi imputare quod non fecit? id quod facere fuit impossibile. fieri enim nõ potest, vt ageret institutus contra tabulas, institutus inquam ex parte debita eorum, quę reliquit testator, vt ibi dicitur, si alienata ignorabat, quæ faciebant, vt ex parte debita institutus non esset. quia ignorantia impotentiæ attribuitur, vt per *Decium in cap. cum super, extrau. de offic. delegat. in 4. notabili*, & nos alibi notauimus supra in *l. si filius hæres, de liber. & posthu.* in quæstione quã ibi notauimus, quia electio esse non potest nisi de his de quibus est consilium, vt inquit *D. Thomas in 1. parte in q. 63. in art. 3.* & faciunt quę supra diximus per *l. in totum, infra de regul. iur.* quid dicendum.

Ego puto tex. planissime intelligendũ, quod patronus quando adiuit hæreditatem, ignorabat alienata in fraudem suam, post aditionem autem sciuit alienata fuisse, & tunc cum posset bonorum possessione contra tabulas agere nõ obstante aditione, vt expressè idem voluit *Vlpianus in l. si vero non habuit, infra de bonis libertorũ, in principio.* noluit, sed reuocatoria agere volebat, quod fieri nõ potest. si enim ex institutione vult esse hæres, & non agere contra tabulas, non potest alienata reuocare, quia veniret existens hæres contra voluntatem defuncti: ergo si adhuc sciens persistere in aditione velit, & reuocare, imputet sibi, cum posset non persistendo in eadẽ voluntate agere contra tabulas, à bonorũ possessione. videamus verba Vlpiani in *dict. l. si vero*, qui in *l. & si ex modica. in §. si.* vult; quod si patronus vel eius liberi adierint liberti hæreditatem, ad bonorum possessionẽ contra tabulas non admittũtur, subsequitur ratio *Caij in l. sequenti.* Nam absurdum videtur licere eisdem partim comprobare iudiciũ defuncti, partim euertere.] subdit *Vlpian.* Si vero nõ habuit effectum petitio eius, dico non impediri quominus adiuuetur, quinimo & si sic adijt quasi ex debita portione institutus, mox apparuit eũ minorem partem, quam sperauit, accepisse, æquissimum est admitti eum ad sua auxilium.] idem voluit *Paulus iurisconsultus in l. mater decedens in fin. supra de inofficios. testamento. in versi. quod euenit in patrono.* ergo in *dict. leg. si patronus hæres.* postquam sciuit minorem partem accepisse propter alienata, potuit suum auxilium exercere, & bonorum possessione contra tabulas agere, si vero adhuc voluit reuocatoria agere quod non potest, & non contra tabulas quod potuit, imputet sibi.

Et not. quod debeat agere contra tabulas, neque alienata, si adhuc ex bonis suæ portioni potest satisfieri, reuocabuntur, nam hæredes alij, quibus reuocatoria non competit, cum non sint patroni, quomodo reuocabunt? finge relicta sibi ex testamento centum, quæ erant sufficientia pro sua legitima respectu eorũ, quę relinquit tempore mortis: tamen consideratis alijs bonis, quæ sunt alienata pertinebant sibi centum & quinquaginta, aget contra tabulas, & habebit 150. quæ ad eum pertinent, non tamẽ reuocatoria, cum sint in bonis tot, quæ pro sua legitima centum & quinquaginta sufficiant; si vero non sint tot in bonis, aget etiam reuocatoria; si vero velit esse hæres, amittit contra tabulas, neque reuocatoria agere potest per dictas leges, & iste est verus & singularis sensus dictæ legis, quam vt dixit *Cumanus*, nemo intellexit, etiamsi comprehendatur persona luquentis.

Electio ergo per errorem facta, non consumit ius eligendi, vt in dictis legibus, & in *dict. l. mater*, ibi, Cum & hi, qui nesciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere nõ amittant.] Adueniente ergo scientia poterit variare, vel si rem tradidit sit locus repetitioni, nisi superueniente scientia in eadem permaneat volũtate, vt in *d. l. si patronus hæres*, quia tũc quasi à principio videtur electio constitisse. arg. text. in *l. si marito, & in l. erit ergo lex, sup. de fundo dotal.* facit text. in *l. quædam sunt inf. de reb. dubi.* multa in simili dicemus in *l. fin. in §. fin. infra isto tit.* vt supra in lib. 6. in cap. 2.

Vnum tamen notandum, & quod valde videtur mirabile, quod cum *Papinianus* Iuliano consentiat, vt error in electione nõ noceat, sed res integra remaneat, *idem Papinianus in leg. Clodius, de acquir. heredit.* errorem nocere erranti velit in adeunda hæreditate ex testamento inualido, sed ideo illum reprehendit *ibidem Paulus, & Tribonianus*, & alij copilarores adeo responsa iurisconsultorum truncarunt, vt in multis locis coniecturis sit diuinandum: posset hic tractari materia *leg. fin. C. de codicillis de electione actionum*, sed non est hic proprius illius legis locus.

SVMMARIVM

ex lege Et Proculo placebat.

1. *Incapax propter socium fit capax.*
2. *Inter coniunctos coniunctione legati an sit locus iuri accrescendi, & num. 3. & 4.*
5. *Quid in vsufructu.*
6. *Intellect. l. 1. in §. idem ait de vsufruct. accrescen.*

IDem Celsus. Et Proculo placebat, & à patre sic accepi, quod seruo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere, non enim coniunctim, sed partes legatas, nam ambo si vindicarent, eam quamque legati partem habiturum quam in seruo haberet.] Opponitur quod totum pertineat ad coniunctum coniunctione legali, si deficiat in persona vnius. vt in *l. verum in §. si seruo com-*

mun. supra pro socio. vbi inquit tex. Si seruo communi legatum sine libertate vnus ex dominis relinquit, hoc ad solum sociũ pertinet.] & vult etiam ille text. quod neque communicari pro socio iudicio debeat, & est etiam text. in *leg. Plautius infra ad leg. falcid.* ibi, Communi autem seruo cum legatum sit, totum pertinere ad socium, quia in eam personam legatum cõsistere possit,] & infra. Nam & diuus Paulus rescripsit seruo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere.] Sed illud non contingit ex iure accrescẽdi, sed quia à principio in persona vnius legatum non consistit, ideo illi debetur in cuius personam cõsistere potuit: nam & in vniuersum hoc verũ est, etiam in contractibus, in quibus non est ius accrescendi, vt ex dispositione inutili in persona vnius ex dominis acquiratur in totum alteri, vt in *l. item si seruus, in §. serui de stipulatione seruo. inf. & in §. fin. institut. eodem* tit. Ex quo apparet non esse ex iure accrescendi, vt in *l. si mihi & Titio infra de verb. obli.* & ita dissoluitur hæc oppositio.

2 Sed quare non communicatur iudicio pro socio, cum socius incapax per socium capacem capere soleat, vt in *leg. si is qui duos reos, infra de liber. legat.* sed illud est in capacitate ciuili, hæc autem nostra est naturalis, cũ sibi ipsi quis promittere, vel legare non possit natura ipsa repugnante, quę agi & pati in re non diuersa non permittit, vt supra diximus in *l. qui duos reos.*

3 Sed opponitur quod non solum iure accrescendi non pertineat ad socium portio deficiens ab initio, verum neque alia ratione, & ita dicta solutio non sit vera, nam hoc probat *Marcellus in l. filius, in §. 1. infra ad l. Cornel. de fals.* Solut. ibi pro falso habetur illud legatum, ideo non potest quæri, imo & ibi in totum etiã pro socij persona est legatum nullum. nam inquit *ibi Paulus* referendo Marcellum, Quemadmodum Seio debebitur, si quasi falsum nomẽ serui subducitur?] Et ita cessat oppositio, quia in vtriusque persona deficit, & licet *Bart.* hic respondeat, quod ibi est casus conuersus, quia loquitur de duobus seruis vnius domini, tamen hoc dictum Bartol. est erratum, nam pertinet ad oppo. *l. si duobus*, de qua statim dicemus, post sequent. opposi.

Sed opponitur quod inter coniunctos con-
4 iunctione legali sit locus iuri accrescendi, vt in *l. seruus communis ab extraneo, supra de acquirend. hared.* Solut. verũ est in hæreditatibus, non autem in legatis, quia in hæreditatibus est necessariũ hoc, ne quis decedat intestatus & testatus.

Sed opponitur, hæc ratio cessat, & periculum in successionibus ab intestato, & tamen ab intestato hæreditatibus est locus iuri accrescendi inter coniunctos coniunctione legali, vt in *l. vni, C. quand. non petent part. cum concordant.* Solutio, legalis coniunctio nõ operatur ius accrescendi in successione testamentaria, quia nõ coniungit eos qui disponit, sed in successione ab intestato quæ est legalis successio, prodest legalis coniunctio, quia eadem l. quæ coniungit, defert successionem, quilibet enim amat, quem genuit, neque opus manuum suarum despicit, & ita coniunctio legalis, in successione legali, operatur ius accrescendi.

Sed opponitur, quod etiã in legatis coniunctio legalis producat ius accrescendi, vt in *leg. si duobus seruis, infra isto tit.* quem glos. alleg. Sol. ibi est duplex coniunctio, altera legalis quæ nõ attenditur vt hic, altera verbalis à testatore facta, & hęc operatur ius accrescendi, nam ibi secundum Bar. est casus conuersus. fuit enim legatũ duobus seruis meis & ita ex dominio per l. est quædam coniunctio, nam in vtroque habeo dominium, alia est coniunctio quam facit testator vtrique legando, & hæc operatur ius accrescendi.

Sed opponitur, quod coniunctio legalis o- 5
peretur ius accrescendi, ita vt præferatur coniunctio legalis, vt in *l. 1. in §. idem ait, & si communi seruo. sup. de vsufructu accrescend.* Solut. fallit in vsufructu, quia in eo ad ius accrescendi sufficit coniunctio legalis, quia in vsufructu facilius datur ius accrescendi, vt in *eadem l. 1. in §. fin.* & hac ratione in vsufructu est titulus specialis quoad ius accrescendi, quasi sint in eo singularia quædam, sed esto, sit aliquid singulare in vsufructu vt ius accrescendi detur ex coniũctione legali, sed vt præferatur coniunctus à lege coniuncto à testatore. quare induxit dicta lex, nisi quia potentior est coniunctio legalis, & quasi ea sola vna coniunctio sit, vt textusmet dicit? Si communi seruo, inquit, & separatim Titio vsusfructus legatus sit, amissum ab altero ex sociis vsumfructum non ad Titium, sed ad solum sociũ pertinere debere, quasi solum coniunctum.] Præterea si coniunctio legalis vt hic text. vult, non habetur pro coniunctione, etiam in vsufructu non est locus inter disiũctos iuri accrescendi, vt hic probat *Bart.* & probatur in *d. l. 1. in versic. idem est. Bart.* respondet quod licet hæc coniunctio legalis non sit pro coniunctione in proprietate, est tamen in vsufructu, sed hæc ratio, vel solutio nihil continet, est enim eadem cum dicto. quare enim hoc est in vsufructu magis quam in proprietate?

Ideo omissis doctorum dictis, dictam l. 1. interpretemur, & primo notandum est, quod licet videatur contrarium non esse verũ, cõiunctum legalem in d. l. 1. præferri coniuncto à testatore, quia ibi text. loquitur de coniuncto legali vt illi accrescat vsusfructus, quia nullus alius est aliquo modo coniunctus, cum text. dicat, Et separatim Titio,] & ita hoc euidens est, neque erat coniunctus re in qua est maior difficultas, quia quod dicit text. separatim, debet intelligi verbis & re, factis scilicet portionibus, quod text. sentit, cum dicat solum fuisse cõiunctum socium, qui lege coniunctus est, & ita Titius neque verbis neque re erat coniunctus, licet iurisconsulti propriè coniunctos appellẽt, qui verbis coniuncti sunt. nam qui re tantum

sunt

sunt coniuncti, proprie non dicuntur coniuncti, licet per concursum sibi partes efficiant, vt probatur *in ead.l.in* §.*interdum*, *& in* §.*sed in vsufructu*, & ideo tunc proprius ius non de accrescendi appellatur, de quo dicemus *in l. re coniuncti, infra de legat.3.* vbi *Bar.in 2. quaestion.principali, in num.29.* putat coniunctum coniunctione legali quando legalis coniunctio solet operari, omnibus alijs coniunctis praeferri, de quo infra aliquid dicemus.

Secundo notandum est, quod vt supra diximus vbicumque ab initio inutilis est dispositio in persona vnius, tunc tota alij debetur qui coniunctus est à lege, quia quaeritur in totum illi qui capax est, vt in *l.Plautius ad leg. falcid. & in l.verum, in* §.*si seruo communi, supra pro socio, supra allegatis:* hoc autem in vsufructu contingit, quia vt *Celsus & Iulianus* eleganter aiunt, vsufructus quotidie constituitur, & legatur, non vt proprietas eo solo tempore, quo vindicatur,] cum primum itaque nō inuenit alterum, qui sibi concurrat, solus vtetur in totum. neque refert coniunctim an separatim relinquatur, inquit *Vlpianus in dicta l.1. in* §.*sed in vsufructu*, & ita semper ille vsusfructus de quo agitur inutilis fuit in persona deficientis, & quamuis primum legatum in persona serui cesserit, singulis tamen diebus in persona dominorum cedere videtur, cum & legati videatur, & iam non ex persona serui, sed ex dominis ipsis incipiat, & hoc probatur in *dicta l. Plautius*, & licet vt iam diximus non ex iure accrescendi socio totum debeatur, quando ab initio inutilis fuit dispositio in persona alterius, tamen in vsufructu ius accrescendi appellatur ratione originis, quia ab initio constitit in persona vtriusque, licet non hic nouus, qui hodie constituitur, quod est notandum.

7 Ex his potes distinguere in hac materia, vtrum ex coniunctione legali detur ius accrescendi; aut loquimur in successione legali, aut testamentaria, in priori datur ius accrescendi, vt in *dicta l.vni quand.non peten.part.in testamentaria*, aut loquimur in vsufructu, aut in proprietate, in vsufructu, & est locus iuri accrescendi, aut in proprietate, & tunc aut non deficit portio ab initio, & non est locus iuri accrescendi vt hic, aut deficit, & tota res debetur, sed non ex iure accrescendi, & vide Bartol. licet non ita plane distinguat, in *l.pater filium. supra de inoffic. testamen. in nuum.15. cum sequent. & in l. re coniunctim, in num.59. de legat.3. Bart. in dicta l.vni.8. col. in num.20.* & adde quod vt diximus *supra isto tit. in l.neminem* haec fuit quaedam subtilitas, quae Proculo & Proculianis placuit, nam re vera nulla ratio potest excogitari, quae satisfaciat. quis enim coniunctior re aut verbis esse potest quam ille qui sub eodem verbo vel nomine cum socio coniungitur, qui etiam secundum Bar. alijs coniunctis praefertur, quando producit ius accrescendi vt supra dictum est, sed tex. hoc expresse voluit, vt partes legari videantur, ideo etiam ius decrescendi non possit considerari, licet *Dominus Petrus Peralta* in re adeo manifesta velit contra text. hic non impediti ius non decrescendi, sed totam rem ex eo ad alterum altero repudiante pertinere.

Et adde quod *Albericus hic* vult quod si seruo Titij & Sempronij dominorum facta mentione quis leget, quod erit locus iuri accrescendi, quasi hic sit testamentaria coniunctio, sed *Raphael Cum. hic* contrarium existimat, vt dominorum commemoratio nihil efficiat: possent tamen hae opiniones conciliari secundum distinctionem, text. in *l.si communis seruus ita stipuletur, infra de stipulatione seruor.* vt si ita sit legatum, vt non dominicae potiores, sed viriles debeantur, tunc quia mutatur effectus legalis coniunctionis, quasi coniunctione testamentaria, non legali coniuncti esse videarur, & sit locus iuri accrescendi: si vero non sint mutatae dominicae portiones, cum commemoratio nihil effecerit, remaneat coniunctio legalis in sua natura non immutata ex commemoratione, & sic non sit locus iuri accrescendi. quae omnia nota, quia non explicant nostri doctores, imo posteriores in rebus inutilibus versantur, & in quibusdam anomalis ideis, quae in iure nostro non reperiuntur. quamuis enim amicissimi fuerint, magis tamen amica veritas, vt *Aristoteles*, quem supra retulimus, inquit.

SVMMARIVM
ex l.Cum quidam vxori.

1. *Dos non adiecta quantitate quando debeatur.*
2. *Non valet si dos non sit vera, sed putatiua.*
3. *Dos putatiua an cōseruetur ex edict. de legat. praestand.*
4. *Falsa causa quando vitiet legatum.*
5. *Legatum factum de decem quae Titius debet, non valet si Titius non debeat.*
6. *An hic falcidia detra'atur.*

IDem *Celsus*, Cum quidam vxori suae dotem reddidisset, quadraginta ei legare voluisset, & quamquā sciret dotem redditam, hoc tamē praetextu vsus esset, quasi dotis reddendae nomine eam summam legaret, existimo deberi quadraginta, etenim reddendi verbum quamquam significationem habeat retrodandi, recipit tamen & per se dandi significationem,] facit *infra de legat.3. in l.Lucius, in* §.*Sempronius*, & vide *l.heres meus, eod. tit.* Opponitur quod nullum sit hoc legatum, vt *in l.final. C. de fals. caus. adiect. legat. & in l.si non designata.* Sol. ibi non fuit expressa quantitas, hic vero fuit expressa.

Sed opponitur quod nihil intersit, sit expressa vel non, quia in dotem promissio etiam non adiecta quantitate valet, vt in *l.cum post, in* §.*gener, supra de iur.dot.* & dicemus *infra isto tit. in l.quidam.* Sol. verum est si in dotem veram fiat, sed simulata dos si est incerta nō valet, in dictis autem legibus nō vera dos fuit, sed color dotis quaesitus, ideo nō gaudet dotis priuilegio, ideo tale legatū Falcidiā patitur, & omnibus dotis priuilegijs

pressa tamen ambiguitatis rationem explicare videtur: sed valde hoc dubium est, nam in contractibus, vt supra diximus, apertè est nulla illa dispositio, vtri eorum viuat promittis? vt in *d. l. si seruus*, quod eadē ratione & in vltimis volūtatibus obseruandū videtur, sed videtur expressū, in *l. qui soluendo, supra de hæredib. instituen.* vbi inquit *Iulianus* qui soluendo non erat, duos Apolonios libertos hæredesque esse iusserat altero ante apertas tabulas testamento mortuo non ineleganter defendi poterit eum qui superent, liberum & solum necessarium hæredem fore, quod si vterque viuit institutionem nullius esse momenti, propter legem Aeliam sentiam, quæ amplius quam vnum necessarium hæredem fieri vetat.] Subiungit *Paulus in l. sequenti*, inuicem enim eos sibi obstare, sed ibi non fuit alternatiua institutio, & prohibitio, ratione effectus erat inducta, vt *ibidem* sentit *Cumanus* & probatur in *§. in fraudem, institut. quibus ex caus. manumit. non licet*, ibi, & ipsa re, denique ibi prohibitio legis hoc efficit, non vero defectus conceptionis institutionis, cum valeret si testator esset soluendo, ideo cogitandum relinquo, quod si expressum non esset vter eorum viueret in *dicta leg. Titius*, sed ita esset scriptum, Titius aut Seius hæres esto, in hac causa testator rem inexplicabilem constitueret, ideo vitiabitur institutio iure digestorum, licet aliqui vim constituant in copula, non in conditione illa vter eorum viuat, vt patet ex his quæ *Iason* adducit in *dicta l. cum quidam, Cod. de verbor. significationibus in 3. columna in numer.* 2. Sed non allegat dictam legem, quod verum erit, vbi conditio non adijcitur, vt valeat ita conceptà dispositio, Titio & Seio vel alteri eorum, iuxta *leg. si fundum, sub conditione, in §. his verbis delegat.* 1. vbi inquit *Iulianus*, his verbis Lucio Titio eorumve, cui fundum do lego, vtiliter legatur, & si vterque vixerit vtrique si alter, alteri to-
8 tum debebitur.] Sed condinone adiecta vter eorum viuat, puto valere etiàm si disiunctione Titio aut Seio legatum fuerit, & ita erit declaratio valde notanda, alioquin propè conditio omnis erit reijciēda, & hæc dispositio vtroque viuente non est alternatiua, sed coniunctionis vim obtinet, simpliciter autem Titio aut Seio legatum factum iure isto non valet, neque institutio, neque quod alter moriatur vel repudiet, vtilis fiet institutio, vel legatum, cùm enim à principio non valuerit, ex euentu non poterit vires assumere, vt habetur in regula Catoniana. Copula ergo erit necessaria vel conditio, vt valeat prædicta dispositio, & tunc dispositio sub ea conditio facta, in coniunctam potius accipitur, vt in dictis legibus.

9 Sed opponitur, quod valeat obligatio alternatiua etiam ipso iure, vt in *l. eum qui ita, in §. qui sibi aut filio infra de verborum obligationibus.* Solutio, ibi vna ex personis in alternatiua positis acquirebat alteri, ideo valet obligatio alternatiua, nam si Titio aut seruo eius legetur, etiam iure isto legatum debebitur, secus autem si Titio, aut Seio, quorum alter alteri non quærit, quod ei subiectum non sit.

Sed opponitur de *eodem §. qui sibi*, ibi, neque interest, sibi aut extraneo cuilibet, an sibi, aut 10
filio suo quis stipuletur, quare vel manente in potestate vel emancipato filio rectè soluitur,] ideo dic quod in legatis verum est, vt valeat legatum sibi aut filio factum, sed in stipulationibus non potest quis filio suo stipulari, vt text. ibi dicit, Quòd si soli filio suo, qui in potestate sua sit dari quis stipulatus sit, non rectè filio soluetur, quia filij persona obligationi magis, quam solutioni applicatur. Ideo in stipulationibus nulla facta distinctione personarum dicendum est, quod valet stipulatio alternatiua, quia persona alia, quam eius qui stipulatur alternatiuè cum ea posita efficit vt adiecta videatur, denique & si conceptio sit alternatiua, tamē substātia ipsa obligationis in sola persona stipulantis consistit, & illi, qui adiectus est solui potest, nō tamen ei quæritur obligatio, quia vt inquit ille text. Coniuncta sua persona efficit vt non acquirendæ obligationis gratia, sed solemnis causa personam filij adhibuisse intelligatur,) & ita ibi alternatiua non vitiat stipulationem, quia vna quidem pars illius alternatiuæ interpretatione iuris non respicit obligationem, sed soluendi potestatem, quia alteri per alterum, non potest adquiri stipulatio vt in *leg. stipulatio ista, in §. alteri eod. titu. de verbor. oblig.*

Quo fiet vt si Titio, aut Seio legem, si alter eorum fuerit incapax valebit legatum, quia interpretatione iuris, vni tantum legatum videtur, vt apparet ex notatis in *l. si Titio, & ei qui capere non potest supra, isto tit.* fac. in argument. text. in *l. seruum filij in §. si idem seruus supra de legat.* 1. vbi legatum quod non valeret alio existente, valet eo deficiente.

Neque obstat quod vbi Titio & Seio legatur, vnile esse legatum posset quoad Seium dicere Titius, sed respondetur quod idem dicere posset, quoad Titium Seius, & ita non est vitiū vnius, sed vtriusq; cum tamē vterq; de se capax esset, text. est singularis vbi cum l. præcedenti determinantur in *l. nam cum vterque infra de stipulatione ser.* vbi inquit *Paulus*, nam cum vterque obligationis capax sit, non inuenimus quis adiectus sit, quia non est qui petere possit.] Facit tex. notand. *in l. sed si ita, eod. tit.* vbi inquit *Iulianus*, sed si ita stipuletur Titio decem, aut Mæuio fūdum dare spondes? quia incertum est vtri eorum acquisierit actionem, idcirco inutilis stipulatio existimanda est.]

Ex his intelliges, & corriges aliqua eorum, quæ adducit *Ias. in dicta l. cum quidam*, nam quod ponit in octaua limitatione ad adiectionē potius pertinet, quā ad obligationē, adiectus vero quasi procurator esse videtur, ad adiectos autē

dicta

dicta lex, cum quidam non pertinet, sed ius antiquum est conseruandum.

Et hæc intellige quoad personas alternati-
12 uè positas in dispositione honorando, vel grauando, si vero ponatur in conditione alternatiua claram habet interpretationem, cum sufficiat vt altera pars sit vera, vt in *leg. si plures, de conditionibus insert.* & idem quando personæ tamquam res ponuntur in dispositione, quia tunc erit electio illius cui id conceditur, vt puta si mihi petenti, vt committatur causa à principe, committatur Titio, aut Sempronio, aut alteri eorum, vel simpliciter Titio, aut Sempronio, eligam, cui velim presentare commissionem, quia tunc personæ quoad interpretationem, rerum vicem obtinebunt, cum ille cuius est commodum, vt sic dicam, est pars, res vero est iudicum persona, & ita intelliges penitus multa, quorum ratio vulgo ignoratur, quando autem post copulam adijcitur alternatiua, inter partem & totum, dic per *Bartol in l. heredes mei, in §. cum ita, infra ad senatusconsult. Trebell.* cuius dicta hic non sunt examinanda, quia non pertinent ad istam legem, vide *ibi Alexand. & Ripam.*

Item nota ex text. quod in vltima voluntate possunt constitui duo rei debendi & credendi, quod *dictus Peralta* dicit aliter, & alio modo, sed in re aperta non est opus adijcere verba obscura, vt aliquid dixisse videaris: quod semel dixisse nobis sufficiat, licet sæpius dici posset: ea ergo quæ in contractibus sunt reperta, possunt in vltimis voluntatibus etiam applicari, nam & contractus misceri possunt in testamento, & potest testator ab hærede
13 iuramentum exigere, & stipulari, vt *infra isto tit. in l. cum pater, in § filius matrem*, & contractus etiam potest in testamento misceri, vt in *l. vxorem, in §. agri plagam, infra de legat. 3. & supra de leg. 1. in l. fideiussor, in §. meminisse*, melius in *l. si aula C. de iure deliberandi.* vide in *l. heredes palam, in § fin. in gloss. supra de testamentis.* sed hæc vulgaria sunt, sicut & illud quod valeat argumentum à contractibus ad vltimas voluntates.

Et adde quod *Bartol.* notat ex isto textu, quod per alternatiuam constituentur duo rei debendi, & *Bartol.* ad hoc notat text. in *authentica. si quando C. de constit. pecuni.* sed *D. Petrus Peral.* hic dicit, quod ille text. in æternum hoc non probabit, sed mihi videtur, quod euidentissimè id probet. nam dicit, quod si promitto me, aut Titium dare decem, quod in solidum teneor, si enim hanc vim alternatiua non haberet, solum pro parte essem obligatus. cætera dic per *Angel. de Perigl. post. Bartol.* & quæ dicemus in l. sequenti, in §. final. vbi omnino videatur, & ibi in fine declarabimus gloss. hic positam ne eadem res repetatur sæpius.

Franc. Sarmient.

SVMMARIVM

ex l. Si quis Titio.

1. *Legatarius rogatus pure restituere, an satisdare teneatur.*
2. *Nudus minister an habeat actionem.*
3. *Deficiente fideicommisso, quando res remaneat penes grauatum.*
4. *Singularis interpretatio l. Seia amico de ann. legat.*
5. *Legatum pro anima an sit pium.*
6. *Aliqua sunt legata fauorabilia licet non sint pia.*

M*Arcellus.* Si quis Titio decem legauerit, rogauerit, vt ea restituat Mæuio, Mæuiusque fuerit mortuus, Titij commodo cedit non hæredis, nisi duntaxat vt ministrum Titium elegit, idem est, etsi ponas vsumfructum
legatum.] Legatarius rogatus pure restituere 1
legatum, non est nudus minister, ideo deficiente fideicommisso res apud eum remanet, nisi testator voluerit, eum esse nudum ministrum: nudus autem minister est apud quem nulla potest remanere vtilitas, quod est proprium, vbi illius incapax est, nisi quæratur titulus vel color fraudis, vt in *l. Sulpitius, supra, de donatio. inter vir. & vxor.* Si enim capere potest, difficile est nudum esse ministrum, nisi id exprimat testator.

Sed an hic, de quo in text. satisdare compellatur, quod videtur, quia non est nudus minister, vt *supra tit. proximo, in l. si à pluribus.* notat *Bart. in l. neminem, supra eodem.* sed contrarium puto, quia considerato præsenti statu nullam vtilitatem habet, ideo si pure grauetur, non tenebitur satisdare, ne in plus grauetur, quam honoratur, vt in *eod. l. imperator, in §. cum quidam.* secus si in diem, vt in *l. peto in §. fratre, & in l. imperator in princip.* sed an habeat actionem? respondeo hoc dubium non est, imo iure isto fideicommissarius, nisi per eum exigere, non potest, vt in *dicta l. imperator.* hodie vero datur & fideicommissario actio per *l. 1. in §. & hac disponimus C. communia de legat.*

Sed quid in nudo ministro an habeat actio- 2
nem? Respondeo si prius sit factus legatarius etiamsi postea dicatur, quod sit nudus minister, puto actionem ei dari, nam fideicommissario non dabitur: vt in *dicta l. imperator.* & hoc patet quia incapax, qui necessario est nudus minister ab vtilitate habet actionem vt restituat. argum. *dicta l. Sulpitius, & l. togi in §. hi qui solidum, cum ibi notatis, ad senatusconsultum Trebell. & in l. cum ei, infra isto titul.* nam idem esset si in totum esset capax, si vero sit nudus minister, & à titulo & vtilitate non habet actionem, & dico ab vtilitate nudum in rebus, quibus constat legatum: licet enim executori testamentario aliquid legetur, tamen dicam eum nudum. licet enim quoad onus satisdationis non dicatur nudus minister, vt in *l. solent, infra de alimentis legat. in 2. responso, & in dicta l. si à pluribus.* tamen quoad actionem nudus minister dicetur, & etiam quo ad vtilitatem. & ita nota quod potest

constat de debito, vel obligatione, tunc debitum censebitur, non legatum; si verò noo constet, aut est Titius pauper, aut non, si est pauper erit, legatum pium, sicut legatum dotis factum mulieri pauperi, pium est, secus si diuiti, vt per *Bartol. in l. si alio, in numer. 4. de aliment. legat.* faciunt notata per ipsum in *l. solent, in nu.* 13. ad quod facit dicta gloss. cum qoa est communis opinio secundum *Iason. in l. 1. in 1. lectur. col. penult. C. de sacrosanct. eccles.* & per *Decium consil.* 120. *quasi per totum.* & vide *Ioan. Dilect. Guald. in tract. de arte testand. in tit. 2. cautel. 2. in num. 5.*

Denique vt legatum dicatur pium, requiritur vt in legatario versetur pietas, siue sit consanguineus, siue exterus, vt bene *Dom. Petrus Peralt. hic, in num. 14. & 15.* Neque obstat quod aliquando insit iustitiæ obligatio, quia etiam illa pietas fundatur ratione pietatis, vt in *l. si quis à liberis, in §. sed si filius, de liber. agnoscend. supra.* & ita non cessat pietas.

6 Aliquaodo rameo legatum de se licet non sit pium, est fauorabile, vt legatum alimentorum & dotis siue diuiti, siue pauperi relinquatur, vt in *l. 1. C. de fideicommiss. & in l. cum hi, in §. eam transactionem, supr. de transactionib. in versi. nihil autem*, vbi inquit *Vlpianus*: Nihil autem interest vtrum libertini sint, quibus alimenta relicta sunt, aut ingenui, satis locupletes, an minus.] & in *l. cum his, in §. si in ea opinione, supra de condict. indeb. & in l.* 1. ibi, semper & vbique solui. matrim.] & in legato causa studij, vt nntatur *in dict. l. 1. sup. de solut. matrim.* libertas autem omnium maximè fauorabilis est, vt in *l. libertas omnibus rebus fauorabilior est, infr. de regul. iur.* Vnum notandum est quod legatum ad faciendum monumentum, neque est pium neque fauorabile, vt io *l. 1. in §. sic, infr. ad leg. falcid.* id potius ad vanitatem pertinet, quam ad pietatem, & ideo de ijs qui talia ædificant, dicitur in *Psalm.* 48. Vocauerunt nomina sua in terris, & alia quæ ibi habentur, & *Ierem.* 17. Recedentes à te in terra scribentur.

SVMMARIVM

ex §. Si hæres.

1 *Vtrum legatum factum vni ex libertis, non designato cui valeat.*

2 *Titio aut Seio legatum factum, an valeat, quid si hæredi detur electio. num. 3.*

4 *Vtrum quilibet in solidum petere possit.*

§. SI hæres damnatus esset, decem vni ex libertis dare, & non constituerit cui daret, hæres omnibus eadem decem præstare co-
1 gendus est.] Opponitur quod hoc legatum vitietur. vt in *l. qui plures, infra de vsufruct. legat.* Solut. ibi testator dixit se designaturum, cui velit solui, hic in voluntatem hæredis electionem reliquisse videtur, ideò si hic vni ex libertis legasset, quem dixit in codicillis se designaturum, si non designauerit, inutile est legatum, quia perfectum non videtur non existente, cui datum intelligi possit,] vt dicit ille text. aliud enim est testatorem certo homini legasse, de qoo non sumus certi, quia vitiatur tunc legatum, aliud incerto homioi legare eligendo per hæredē, quia tunc valet legatum, & nota quod hic ex verbis legati apparet electionem datam esse hæredi, cum ad eum legati verba referantur. dixit enim vt esset damnatus hæres.

Sed quid si verba non essent relata ad hæredem, si ita esset scriptū, Voi ex libertis meis lego decem, vtrum vitietur legatum, qnod videtur. argum. *l. duo sunt Titij, supr. de testam. tutel. & supr. isto tit. in l. si quis seruum, in §. si inter duos.* Sed contrarium puto, immo quod valeat legatum cum aliud sit legari Titio existentibus duobus Tiojs vel liberto, existentibus pluribus libertis, aliud verò vni ex Titijs, vel vni ex libertis, quia tunc valet legatum, & est electio hæredis cui det, vel eo non eligente omnes admittentur. ratio est manifesta, quia altero casu vnus solus certus qui nobis est incertus, habet voluntatem defuncti in legato, alij verò non habent neque in actu neque in potentia, altero verò omnes habent voluotatem defuncti, ita vt hæc volontas possit reduci per hæredem ad actum arbitrio suo, quo cessante illa aptitudo, quæ omnibus est communis, redditur ad actū per legem, vt *hic & infra isto tit. in l. cum quidam,* & ita illa decem, quæ vni ex duobus Titijs dare poterat hæres, diuidentur inter vtrumque, & illa decem, quæ vni ex libertis dare poterat hæres, inter omnes diuidentur, quod est valde notandum, sed adhuc habet difficultatem, vt statim dicetur.

Opponitur quod vitietur legatum in ista 2
specie, vni ex Titijs lego decem, vel vni ex libertis, sicut & in illa vitiatur, Titio aut Mæuio lego, vt diximus *supr. eod. in l. si Titio aut Seio*, quia nisi exprimatur cui hæres velit, vitiatur legatū, ergo eodem modo debet vitiari legando vni ex libertis. Solutio. Hoc forsan verum est nisi verba dirigerentur ad hæredem vt hic, quia text. qui de hac materia loquuntur, exprimunt in voluntate hæredis esse relictum, qui daret, vt in *dict. l. cum quidam la magna, & in l. vnum ex familia, in princip. infr. isto tit. & in l. cum pater, in §. hæreditatem, & in §. à filia, & infr. de reb. dub. in l. vtrum, in §. cum quidam.* si verò esset expressè relictum vitiaretur legatum, vt videtur expressum in *l. si fuerit, infr. de reb. dub. in fin. principij*, vbi inquit *Vlpianus*, Si ex pluribus seruis eiusdem nominis vni vel quibusdam libertas relicta est, verius est in his omnibus etiā legata & libertates impediri. facit text. in *l. si quis de pluribus, eod. tit.* sed facile iste text. posset vitiari, si prædicta oppositio solui posset, quia non constat, quod ibi dixit testator vni, sed sunt verba legis quod vni legauit, puta Titio, vel liberto, neque adiecit cui ex illis, sed obstat illa difficultas, quod Titio aut Sempronio legatum relictum non

valet, nisi verba dirigantur ad hæredem aut Titio aut Sempronio hæres decem dato, nisi debeat fieri differentia inter illam conceptionem, Titio, aut Sempronio liberto lego, & illam, Vni ex libertis meis decem lego, cum fuerit Titius & Sempronius libertus.

3 Mihi verò vtrumque placet, vt si electio expressè detur hæredi, vel verba dirigantur ad hæredem, vt valeat in vtraque specie legatum, tam in priori specie subalternatiua expressa, quam in posteriori scilicet vni ex libertis meis decem dare. Si verò neque detur electio expressè, neque tacitè, quia neque verba sunt directa ad hæredem, & tunc licet alteratiuum legatum non valeat, puto tamen ita conceptũ, vni ex libertis meis lego decem, valere, & hæredis esse electionem, non obstat huic posteriori prior species, quia dissimilis est cõceptio, adeoque vni ex libertis decem legentur, hodie etiam non dabuntur omnibus, per *l. cum quidã, de verbor. significat.* sed electio hæredis erit, quia dicta l. loquitur in priori specie, non in ista, ex quo apparet non esse eiusdem rationis istas conceptiones.

Neque me moueerit, quod *dictæ leges cum quidam, & l. vnum ex familia, & l. cum pater*, loquantur electione expresse concessa hæredi, quia id faciunt vt species, quæ fingitur clarior sit, com ibi non tractent quomodo hæredi detur electio, sed ea clare præmissa tractatur, quomodo sit intelligenda, & ita solent facere iurisconsulti, & quilibet non imperitus, vt quæstio de qua agitur sit clara & distincta, vt factum in quo de iure est controuersia, non possit esse ambiguum. aliter enim proponens factum, foret reprehendendus, vt in *l. Dominius Labeo, supra de testament.* & subtilius *Scæuola in l. à testatore, infra de conditio. & demonstrat.* licet ipse non semper hoc obseruauerit, adeo vt dederit aliquibus causam eum acriter reprehendendi: deinque cogitandum censeo, quæ dictarum opinionum potior sit. quælibet enim earum melior est, quam quod *Bar. & doctores hic* volunt, testatorem expresse hæredi electionem concessisse, quod maximam diuinationẽ continet, & textus vtilitatem euertit. dandum est ergo in hoc tex. illi quem hæres elegerit, licet electio non sit expresse concessa à testatore, quia tacite videtur concessa, vel eo non eligente diuiditur legatum.

Sed opponitur quod non diuidatur legatum, sed quod multiplicetur, vt *supra tit. proxi. in l. qui filiabus in §. 1.* Sol. hic declaratio tacite vel expresse fuit commissa hæredi, ibi vero euentui, vel fortunæ; quæ cum affectione non moueatur, non potest esse suspecta, vel die vt per *Bar. ibi*, quia nihil haber commune iste casus cum illo.

4 Sed adhuc opponitur, quod quilibet insolidum petere possit hærede non eligente, vt *supra eodem l. si Titio aut Seio*, vbi si Titio, aut Seio quem hæres elegerit, legetur, eo non eligente, quilibet in solidum agere potest. Solut. secundum Bartolum text. ille loquitur in legato alternatiuo ratione personarum in quo constituuntur duo rei credendi, hic vero legatum fuit vni ex certis, quem hæres elegerit: sed *Dinis*, vt *Albericus* refert, *& Cyn. & Rayner*, quos refert *Ioannes de Imol.* dicunt concordare in hoc istum text. cum illo, quia hic, & ibi quilibet in solidum agere potest, non eligente hærede, & si concurrant diuiditur legatum, & qui præuenit præferatur, nisi absentis ratio habeatur, vt dicemus *infra isto titul. in l. cum quidam.* & hæc opinio videtur verior contra Bart. & Raphael Cuma. hic & Angel. de Perigl. & Paulum in l. contraria, quia non differunt hæc legata, vbi expresse est data electio hæredi, licet verborum formula non sit eadem, & Paulo quidem videtur mirabile quod differat. Legare illi, vel illi ex libertis meis, quem hæres elegerit, vel vni ex libertis meis, quem hæres elegerit: tamen non est mirabile cum sit falsum. neque enim inter istas conceptiones est differentia in hac materia, licet in alijs possit esse, vt in *l. qui decem in § Stichum, aut Pamphilum infra de solutionib.*

Denique hic omnibus dandum est, omnibus instantibus, alioquin soli petenti, vt *in dicta l. cum quidam*, quod etiam in specie *dictæ legis, si Titio aut Seio*, admitti debet, licet *Angel. de Perigl. hic* aliud velit, & glo. in dicta l. qui voluit negotiorum gestorum actione posse illum, qui non egit partem suam recuperare, sed defendi id potest, si iudex absentis rationem habẽdam existimauerit, vt in *dicta l. cum quidam, cum l. sequenti, quæ incipit si tamen*, quod est valde notandum, ad quod facit *l. si vnus, infra de bonis autho. iudic. possidend.* & vide *l. si non expedierit in § 1. & in §. quod si vtroque instante.* Sed nota quod illi tex. loquuntur, quando vterque habet ius ab initio, hæc vero materia quando solum ex mora hæredis, quæ soli instanti & constituenti in mora proficit, quod nota ad *dictam l. cum quidam.* ideo requiritur quod expresse iudex rationem habuerit absentis.

SVMMARIVM
ex lege Hæredem.

1. *Conditionalis dispositio non pertinet ad regulam Catonianam.*
2. *Vbi incapacitas est in disponente nihil facit futurus euentus.*

Celsus, Hæredem meum ita tibi obligare possum, vt si quandoque ego moriar, tuus seruus Stichus oõ erit, dare cũ tibi damnas sit.]

Quia regula Catonis non habet locum, vbi testator sub conditione ad illam excludẽdam disposuit, alioquin cauillatione quadam testatoris volontas excluderetur, vt probat *Celsus, in l. 1. illius titul. de regul. Catonian.* qui proprie in simili specie rex. nostri loquuntur. idem tamen erit in qualibet alia conditione, vt in *eodem titul. in l. penulti. & antepenultim.* & ita secundum

dum *Albericum* hic fieri potest dispositio in tempore inhabili, si ad tempus habile conferatur, quod verum est, vbi defectus ex parte rei est, vt hic vel ex parte personæ in quam dispositio confertur, vt apparet ex his, quæ diximus in *l. Gallus, in princip. de liber. & posthum.* est text. io *l. in tempus, supra de heredi. instituend.* quia tunc maxime cauemus, ne fraus legi fiat, cum capacitatem in conditione ponimus. facit text. in *l. si quis locuples, de manumiss. testament.* optimus text. in *l. cum hereditas, infra qui & à quibus manumiss. liber. non fiant.* sed & si non ponatur capacitas in conditione. Sed quælibet alia coodítio sufficit, vt tempore impletæ conditionis cesset impedimentum vt dictis legibus, & optime probatur io *l. cætera, in §. 1. sup. tit. proximo.*

2 Quæ omnia vera sunt, nisi incapacitas sit in disponente, quia tunc oeque si conditio adiiciatur potest actus valere, etiamsi defectus, vel vitium purgetur, vt in *l. si minor, sup. de seru. exportand.* sed de hoc alibi dicemus. vide doctores in *l. ne moram suam infra de verb. obligat.* & vide quæ etiam diximus in *l. cum fundus supra eodem*, sed illa potius pertinent ad tempora media, vt in *l. si alienum in §. in extraneis sup. de heredib. instituend.*

SVMMARIVM
Ex l. Si is cui.

1. *An hoc sit speciale in vltimis voluntatibus.*
2. *In repetitione indebiti soluti alternatiue, cuius sit electio.*
3. *Opiniones contraria inter iurisconsultos.*
4. *Lex ista est hodie correcta.*
5. *In electione actionum, vtrum error noceat.*
6. *Intellectus l. si patronus, infra si quid in fraud. patron.*

IDem *Celsus*. Si is, cui legatus sit Stichus, aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicauerit, amplius mutandæ vindicationis ius nõ habet, tamquam si damnatus hæres alterutrum dare, Stichum dederit, cum ignotaret sibi permissum vel Pamphilum dare; nihil repetere poterit.]

Oppono fortissime cum gloss. *d. l. si is cui, in §. final. supra de condictio. indebit.* vbi datur repetitio, inquit enim text. qui hominem generaliter promisit similis est ei, qui homine aut decem deber, & ideo cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, cõdicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.] Hæc est difficilis oppositio, si doctorum opiniones sequamur, sed non erit difficilis intellecta veritate. 1 Prima igitur solutio, quæ videtur posse illi legi adaptari, est quod ille tex. loquatur re altetoatiue debita ex contractu, hic vero ex vltima voluntate, & huic solutioni cõsonant quæ doctores volunt, quod hic executio fiat à lege cum dominium per ipsam transferatur, vt in *l. à Titio de furt.* Sed hic modus dicendi vero esse non potest, quia in legato alternatiuo non transfeitut domioium, nisi facta electione expresse, vel per traditionem, ergo traditio hic transfert dominium, & secuta tradítione, si in causa non est defectus nihil differt contractus ab vltima voluntate, ergo oon potest hæc vis tradi titulo, sed executioni, vel traditiooi, prætetea secundum *Angel. de Perigl.* etiam rebus alienis legatis locum haber hic text. ideo hæc solutio est in difficili.

Alia secunda solutio potest applicari secũdũ DD. qui sentiunt non interesse inter cõtractus, & vltimas volũtates. Sed quod hic tex. loquatur in re legata, vel debita alternatiue, ille vero in legato geoeris, ratio autem differeotiæ clara est, quia res alternatioè legatæ, vel promissæ ambæ sunt in obligatiooe, ideo cũ soluitur vna ex his, ea quæ debebatur, soluitur, vt in *l. illud de consti pecun. sup.* sed promisso homioe in genere nullus specialiter est in obligatiooe sed io solutione, vt in legib. allegat. à gl. in *d. leg. si is cui*, vt apparet ex his quæ refert *Iason in leg. serui electione in princip. in 2. col. in n. 6. sup. de legat. 1.* 2

Sed opponitur quod nihil interfit inter istas obligationes, quinimo *Iulianus in dicta l. si is cui.* dicit esse similes. Sol. secundum doct. similes sunt, sed non in hoc, & ita respondet cõmuniter doct. in *d. §. fi.* sed mirandum est de doctoribus, cum *Iulianus* faciat similes vt argumentetur ad hoc de quo agimus, & contra eius mentem & verba dicant, non esse similes in hoc. vide verba tex. quæ supra retulimus, & ideo, &c.

Mihi vero euidens est solutio & clara, quam licet nõ perfectè subsenfit *hic Acursius*, quod inter iurisconsultos fuerit apertissima repugnantia, nam in hac re fuerunt varij. & hæc veritas noo est somniata, sed expressa à *Iustiniano in leg. pen. C. de condiction. indebit.* vbi *Iustinianus* refert Vlpianum, Marcellum, & Celsum existimasse, vt si quis Stichum, aut Pamphilum, quem voluerir debeat, si ambos soluat per errorem, esse in potestate accipientis, quem restituat, quasi errorem nocere soluenti in alternatiua obligatione. *Papinianus* autem, & *Iulianus* putãt integrum remanere ius eligendi ei, qui prius id ante solutionem haberet, & ita errorem nõ ei oocere, quod si error non consumit ius eligendi, ergo solutio errore facta repeti poterit, & ita hoc voluit *Iulianus in dicta l. si is cui contra Celsum hic & Vlpian. & Cel. in l. si non sortem, in §. si decem inf. eod. ti.* quod si dicas, vt *Bar. & alij* quod *l. penul. C. de condiction. indebit.* loquatur quando per errorem soluitur vtrumque ex alternatiua; noo quando vnum, replicabo hoc eiosdem rationis esse. nam si error oocet, retinere quod velit, poterit, si error oon oocet, ergo siue vna res siue vtraque soluatur, repetetur arbitrio debentis quasi adhuc remaneote iure eligẽdi, quod sibi prius cõpetebat, nam vel inuitis doctoribus hic in ista lege error adimit electionẽ, & hæc est opinio Celsi, ibi oon adimit secuodum Iuliani sentẽtiam Celso, Vlpiano & Marcello contrariam, quam probauit Papinianus. 3

Opioio ergo iurisconsultorum hæc est, vt si debitum sit in genere, semper facta electio- 4

ne per errorem fieti possit repetitio, & idem erit in legato optionis, quod generi eo assimilatur, vt in *l. Scyphi, cum l. sequenti, de option. legata*. & quod legatum optionis proprius generico, quam alternatiuo comparetur, voluit expresse text. in *l. qui decem, in §. Stichum, aut Pamphilum in fine, infra de solutionibus*. qui est text. valde notandus.

Aut legatum, vel obligatio fuit alternatiua, & tunc error secundum opinionem Celsi hic & Vlpiani nocet, secundum vero opinionem Iuliani, & Papiniani numquam nocet. & hæc est veritas. Ex his apparet, quod cum
4 *Iustinianus* sententiam Iuliani & Papiniani probauerit io *dicta leg. fin.* & quod lex hæc erit correcta, vt bene dicit gloss. & ita omnia, quæ doctores ioferunt, ex ista lege corruent, nam licet verum sit, quod vbi est facta executio, nõ admittatur purgatio moræ, neque pœnitentia, vt alibi probatur, non tamẽ hic: licet nos secuti vulgarem allegatiooem aliquando hanc legem ad hoc allegauerimus in libro 3. in cap. 5. Sed melius probatur in *leg. apud Aufidium, infra de optione legat.* vide *Bart. in l. si insulam. 4. qu. de verbor. obligat.* vide ibi recentiores *Crot. col. 14. Iason. 17.* vide *Tiraquel. in l. si vmquam, verbo reuertatur, in numer. 253. cum sequenti.* ideo sempet potius est, quod in proprio loco re discussa profertur, quam quod parergon aliud agendo incidenter, optimus text. in *l. 3. in §. Scio, supra de minoribus*.

Non igitur hic agitur de executione legis, nam hic potius executio fit hominis traditione vt infra dicemus, sed solum tractatur an error excuset, vel non, vel ius electionis consumat, & certe etiamsi hæc controuersia non esset per Iustinianum pro Iuliano sopita, nihil aliud de iuris necessitate dici poterat, non enim consentit, qui errat, vt in *l. si per errorem supra de iurisdi. omnium iudic.* item electio animi destinatione proficitur, ea antem quæ animi destinatione agonda sunt, non nisi vera & certa scientia perfici possunt,] inquit *Papinia. in l. in totum, infra de regul. iur.* quinimo & voluntas, quæ præsupponit, nunquam habet vim, si in præsupposito vitium inerit, vt in *l. 3. in §. 1. in versicul. Scio, supra de minor.* & diximus in libello de redditibus ecclesiasticis, in 1. parte in cap. 3.

Item quomodo elegisse dicetur ille, cui vna tantum res eius animo versatur, electio enim est plurium, nõ vnius rei? item quod omnes res sint in obligatione quid efficit, vt inuitus electionem à lege datam quis amittat?

Ex his respondebis ad omnia, quæ doct. hic allegant in contrariũ, quod vbi rem meã trado tanquam tuam, non transfero dominiũ, vt in *l. 3. in §. subtilius, de cõdictio. caus. data.* respõdetur idem in electione secudũ opinionem Iuliani cõtingere, in opinione autẽ Celsi sufficit vt res sit debita, & ita ille tex. non procederet secundum eum in re debita, licet in solutione error cõtingeret, item distinctio inter hominẽ in genere vel alternatiue debito, quoad repetitionẽ non potest esse vera, quia in vtraque specie id quod soluitur nõ est indebitum, cum solutione non erronea in vtraque specie contingit liberatio. error igitur est id quod totũ hoc efficit, quod si in facto sit, ex quo cõdictio indebiti oriri solet, non est cur soluenti nocere debeat, & ita Iulianus existimat quoad repetitionẽ eiusdem esse rationis prędictas obligationes genericam, & alternatiuam, & hoc etiã probatur in *l. fin. in §. fin autem nescius, C. de furt. & seru. corrup.* vbi in ignorantia oon consumit ius electionis in alternatiua, etiamsi alternatiua sit legis, in qua magis dici poterat fieri executionem à lege, quam in alternatiua ab homine concessa, & illam legem allegat *hic Cumanus*.

Sed oppon. fortissime, quod in electione actioõũ ignorantia præiudicet, vt in *l. si patronus hæres, inf. si quid in fraud. patron.* quem allegat etiã *Cuman.* qui semper aliquid præter alios adducit, videamus literam legis, vt eam penitus intelligamus, quia doctores vt puto, non eam intellexerunt, Si pattonus hæres institutus ex debita parte, (inquit *Vlpianus*) adierit hæreditatẽ, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus an succurri ei ius ignoranti debeat ne decipiatur liberti fraudibus, & Papinianus lib. 14. quæstionum respondit in eadẽ causa manere ea, quæ alienata suot, idcircoq́ue patronum sibi imputare debere, qui cum possit bonorum possessionem accipere cootra tabulas, propter ea quæ alienata vel mortis causa donara sunt non fecit.] 5

In primis notandum est, quod in illo tex. est duplex littera, vna ei ius ignorãti, & secũdum istã literam est solutio clara, quia loquitur de ignorantia iuris, sed & ignorantia iuris non nocet, quando quis ex sua voluotate est repellendus secundum *Bart. in l. Clodius de acquirenda hæreditat.* per text. in *l. si is ad quem & in l. hæres institutus, & in l. sequenti eod. tit.* Sed dicit *Bart.* quod hic ponitur opinio Papiniani quæ reprobatur per *Paul. in eadem leg. Clodius.* vel in hoc residet quod hic perditur facilius actiore scissoria, quia contra ius ciuile inducitur vt in *l. in honorariis, in §. sed cum rescissa, de actioni. & obligationib. inf.* *Cumanus* autem vult errorem iuris, vbi minus vtile remedium elegit sibi præiudicare, & dicit esse incognitum dict. tex. ad hoc, & à nemine intellectum, & idem ego dicere possum, cũ neq. ipse *Cumanus* eum intellexerit. quia hæc solutio falsa est, neq; hæc litera defendi potest, nã hic error facti fuit, vt expresse tex. dicit Dũ ignorat aliqua libertũ in fraudẽ suã alienasse,] quod ad facti ignorantiã pertinet, ideo melior illa litera quæ habet. an succurri eius ignorãtiæ debeat.] ergo ignorantia facti in electione nocet etiam secundũ Papioiani sententiã contra sup. dicta.

Ego puto quod ille tex. aliter debeat intelligi, quia secundũ intellectus DD. ille text. multum esset alienus à perspicuitate ingenij & elegantia Vlpiani. Si enim dicimus loqui de ignorantia 6

rantia iuris, repugnat verbis supradictis; si de ignorantia facti, repugnat etiam verba text. Idcircoq; patronum sibi imputare debere, qui cum posset bonorum possessionem accipere contra tabulas propter ea quæ alienata, vel mortis causa donata sunt, nō fecit.] quomodo si ignorabat alienata, & sibi competere bonorū possessionem contra tabulas cum adiuit, poterat sibi imputare quod non fecit? id quod facere fuit impossibile. fieri enim nō potest, vt ageret institutus contra tabulas, institutus in quam ex parte debita eorum, quę reliquit testator, vt ibi dicitur, si alienata ignorabat, quæ faciebant, vt ex parte debita institutus non esset. quia ignorantia impotentiæ attribuitur, vt per *Decium in cap. cum super, extrau. de offic. delegat. in 4. notabili*, & nos alibi notauimus supra in *l. si filius hæres, de liber. & posthu.* in quæstione quā ibi notauimus, quia electio esse non potest nisi de his de quibus est consilium, vt inquit *D. Thomas in 1. parte in q. 63. in art. 3.* & faciunt quę supra diximus per *l. in totum, infra de regul. iur.* quid dicendum.

Ego puto tex. planissime intelligendū, quod patronus quando adiuit hæreditatem, ignorabat alienata in fraudem suam, post aditionem autem sciuit alienata fuisse, & tunc cum posset bonorum possessione contra tabulas agere nō obstante aditione, vt expresse idem voluit *Vlpianus in l. si vero non habuit, infra de bonis libertorū, in principio.* noluit, sed reuocatoria agere volebat, quod fieri nō potest. si enim ex institutione vult esse hæres, & non agere contra tabulas, non potest alienata reuocare, quia veniret existens hæres contra voluntatem defuncti: ergo si adhuc sciens persistere in aditione velit, & reuocare, imputet sibi, cum posset non persistendo in eadē voluntate agere contra tabulas, ā bonorū possessione. videamus verba Vlpiani in *dict. l. si vero*, qui in *l. & si ex modica in §. si.* vult, quod si patronus vel eius liberi adierint liberti hæreditatem, ad bonorum possessionē contra tabulas non admittūtur, subsequitur ratio *Caij in l. sequenti*. Nam absurdum videtur licere eisdem partim comprobare iudiciū defuncti, partim euertere.] subdit *Vlpian.* Si vero nō habuit effectum petitio eius, dico non impediri quominus adiuuetur, quinimo & si se adijt quasi ex debita portione institutus, mox apparuit eū minorem partem, quam sperauit, accepisse, æquissimum est admitti eum ad suū auxilium.] idem voluit *Paulus iurisconsultus in l. mater decedens in fin. supra de inoffic. testamento. in versi. quod euenit in patrono.* ergo in *dict. leg. si patronus hæres*, postquam sciuit minorem partem accepisse propter alienata, potuit suum auxilium exercere, & bonorum possessione contra tabulas agere, si vero adhuc voluit reuocatoria agere quod non potest, & non contra tabulas quod potuit, imputet sibi.

Et not. quod debeat agere contra tabulas, neque alienata, si adhuc ex bonis suæ portioni potest satisfieri, reuocabuntur, nam hæredes alij, quibus reuocatoria non competit, cum non sint patroni, quomodo reuocabunt? finge relicta sibi ex testamento centum, quæ erant sufficientia pro sua legitima respectu eorū, quę relinquit tempore mortis: tamen consideratis alijs bonis, quæ sunt alienata pertinebant sibi centum & quinquaginta, ager contra tabulas, & habebit 150. quæ ad eum pertinent, non tamē reuocatoria, cum sint in bonis tot, quæ pro sua legitima centum & quinquaginta sufficiant; si vero non sint tot in bonis, aget etiam reuocatoria; si vero velit esse hæres, amittit contra tabulas, neque reuocatoria agere potest per dictas leges, & iste est verus & singularis sensus dictæ legis, quam vt dixit *Cumanus*, nemo intellexit, etiamsi comprehendatur persona loquentis.

Electio ergo per errorem facta, non consumit ius eligendi, vt in dictis legibus, & in *dict. l. mater*, ibi, Cum & hi, qui nesciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere nō amittant.] Adueniente ergo scientia poterit variare, vel si rem tradidit sit locus repetitioni, nisi superueniente scientia in eadem permaneat volūtate, vt in *d. l. si patronus hæres*, quia tūc quasi à principio videtur electio constituisse. arg. text. in *l. si marito, & in l. erit ergo lex, sup. de fundo dotal.* facit text. in *l. quædam sunt inf. de reb. dubi.* multa in simili dicemus in *l. fin. in §. fin. infra isto tit.* vt supra in lib. 6. in cap. 2.

Vnum tamen notandum, & quod valde videtur mirabile, quod cum *Papinianus* Iuliano consentiat, vt error in electione nō noceat, sed res integra remaneat, *idem Papinianus in leg. Clodius, de acquir. hæredit.* errorem nocere erranti velit in adeunda hæreditate ex testamento inualido, sed ideo illum reprehendit *ibidem Paulus, & Tribonianus*, & alij copilatores adeo responsa iurisconsultorum truncarunt, vt in multis locis coniecturis sit diuinandum: posset hic tractari materia *leg. fin. C. de codicillis de electione actionum*, sed non est hic proprius illius legis locus.

SVMMARIVM

ex lege Et Proculo placebat.

1. *Incapax propter socium fit capax.*
2. *Inter coniunctos coniunctione legali an sit locus iuri accrescendi, & num. 3. & 4.*
5. *Quid in vsufructu.*
6. *Intellect. l. 1. in §. idem ait de vsufruct. accrescen.*

IDem Celsus. Et Proculo placebat, & à patre sic accepi, quod seruo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere, non enim coniunctim, sed partes legatas, nam ambo si vindicarent, eam quamque legari partem habiturum quam in seruo haberet.] Opponitur quod totum pertineat ad coniunctum coniunctione legali, si deficiat in persona vnius. vt in *l. verum in §. si seruo com-*

ſunt coniuncti, proprie non dicuntur coniuncti, licet per concurſum ſibi partes efficiant, vt probatur *in ead.l.in §.interdum, & in §.ſed in vſufructu*, & ideo tunc proprius ius non de accreſcendi appellatur, de quo dicemus *in l. re coniuncti, infra de legat.3.* vbi *Bar.in 2. quæſtion.principali, in num.29.* putat coniunctum coniunctione legali quando legalis coniunctio ſolet operari, omnibus alijs coniunctis præferri, de quo infra aliquid dicemus.

Secundo notandum eſt, quod vt ſupra diximus vbicumque ab initio inutilis eſt diſpoſitio in perſona vnius, tunc tota alij debetur qui coniunctus eſt à lege, quia quæritur in totum illi qui capax eſt, vt in *l.Plautius ad leg. falcid. & in l.verum, in §.ſi ſeruo communi, ſupra pro ſocio, ſupra allegatis:* hoc autem in vſufructu contingit, quia vt *Celſus & Iulianus* eleganter aiunt, vſusfructus quotidie conſtituitur, & legatur, non vt proprietas eo ſolo tempore, quo vindicatur,] cum primum itaque nō inuenit alterum, qui ſibi concurrat, ſolus vtetur in totum. neque refert coniunctim an ſeparatim relinquatur, inquit *Vlpianus in dicta l.1. in §. ſed in vſufructu*, & ita ſemper ille vſusfructus de quo agitur inutilis fuit in perſona deficientis, & quamuis primum legatum in perſona ſerui ceſſerit, ſingulis tamen diebus in perſona dominorum cedere videtur, cum & legari videatur, & iam non ex perſona ſerui, ſed ex dominis ipſis incipiat, & hoc probatur in *dicta l.Plautius*, & licet vt iam diximus non ex iure accreſcendi ſocio totum debeatur, quando ab initio inutilis fuit diſpoſitio in perſona alterius, tamen in vſufructu ius accreſcendi appellatur ratione originis, quia ab initio conſtitit in perſona vtriuſque, licet non hic nouus, qui hodie conſtituitur, quod eſt notandum.

7 Ex his potes diſtinguere in hac materia, vtrum ex coniunctione legali detur ius accreſcendi; aut loquimur in ſucceſſione legali, aut teſtamentaria, in priori datur ius accreſcendi, vt in *dicta l.vni quand.non peten.part.in teſtamentaria*, aut loquimur in vſufructu, aut in proprietate, in vſufructu, & eſt locus iuri accreſcendi, aut in proprietate, & tunc aut non deficit portio ab initio, & non eſt locus iuri accreſcendi vt hic, aut deficit, & tota res debetur, ſed non ex iure accreſcendi, & vide Bartol. licet non ita plane diſtinguat, in *l.pater filium. ſupra de inoffic. teſtamen. in num.15. cum ſequent. & in l.re coniunctim, in num.59. de legat.3. Bart. in dicta l.vni.8. col. in num.20.* & adde quod vt diximus *ſupra iſto tit. in l.neminem* hæc fuit quædam ſubtilitas, quæ Proculo & Proculianis placuit, nam re vera nulla ratio poteſt excogitari, quæ ſatisfaciat. quis enim coniunctior re aut verbis eſſe poteſt quam ille qui ſub eodem verbo vel nomine cum ſocio coniungitur, qui etiam ſecundum Bar. alijs coniunctis præfertur, quando producit ius accreſcendi vt ſupra dictum eſt, ſed tex. hoc expreſſe voluit, vt partes legari videantur, ideo etiam ius decreſcendi non poſſit conſiderari, licet *Dominus Petrus Peralta* in re adeo maniſeſta velit contra text. hic non impediri ius non decreſcendi, ſed totam rem ex eo ad alterum altero repudiante pertinere.

Et adde quod *Albericus hic* vult quod ſi ſeruo Titij & Sempronij dominorum ſacta mentione quis leget, quod erit locus iuri accreſcendi, quaſi hic ſit teſtamentaria coniunctio, ſed *Raphael Cum. hic* contrarium exiſtimat, vt dominorum commemoratio nihil efficiat: poſſent tamen hæ opiniones conciliari ſecundum diſtinctionem, text. in *l.ſi communis ſeruus ita ſtipuletur, infra de ſtipulatione ſeruor.* vt ſi ita ſit legatum, vt non dominicæ portiones, ſed viriles debeantur, tunc quia mutatur effectus legalis coniunctionis, quaſi coniunctione teſtamentaria, non legali coniuncti eſſe videatur, & ſit locus iuri accreſcendi: ſi vero non ſint mutatæ dominicæ portiones, cum commemoratio nihil effecerit, remaneat coniunctio legalis in ſua natura non immutata ex commemoratione, & ſic non ſit locus iuri accreſcendi. quæ omnia nota, quia non explicant noſtri doctores, imo poſteriores in rebus inutilibus verſantur, & in quibuſdam anomalis ideis, quæ in iure noſtro non reperiuntur. quamuis enim amiciſſimi fuerint, magis tamen amica veritas, vt *Ariſtoteles*, quem ſupra retulimus, inquit.

SVMMARIVM

ex l.Cum quidam vxori.

1. *Dos non adiecta quantitate quando debeatur.*
2. *Non valet ſi dos non ſit vera, ſed putatiua.*
3. *Dos putatiua an cōſeruetur ex edict. de legat. præſtand.*
4. *Falſa cauſa quando vitiet legatum.*
5. *Legatum factum de decem quæ Titius debet, non valet ſi Titius non debeat.*
6. *An hic falcidia detrahatur.*

IDem *Celſus*, Cum quidam vxori ſuæ dotem reddidiſſet, quadraginta ei legare voluiſſet, & quamquã ſciret dotem redditam, hoc tamē prætextu vſus eſſet, quaſi dotis reddendæ nomine eam ſummam legaret, exiſtimo deberi quadraginta, etenim reddendi verbum quamquam ſignificationem habeat retrodandi, recipit tamen & per ſe dandi ſignificationem,] facit *infra de legat.3. in l.Lucius, in §.Sempronius,* & vide *l.hæres meus, eod. tit.* Opponitur quod nullum ſit hoc legatum, vt in *l.final. C. de falſ. cauſ. adiect. legat. & in l.ſi non deſignata.* Sol. ibi non fuit expreſſa quantitas, hic vero fuit expreſſa.

Sed opponitur quod nihil interſit, ſit expreſſa vel non, quia in dotem promiſſio etiam non adiecta quantitate valet, vt in *l.cum poſt, in §.gener, ſupra de iur.dot.* & dicemus *infra iſto tit. in l.quidam.* Sol. verum eſt ſi in dotem veram fiat, ſed ſimulata dos ſi eſt incerta nō valet, in dictis autem legibus nō vera dos fuit, ſed color dotis quæſitus, ideo nō gaudet dotis priuilegio, ideo tale legatū Falcidiã patitur, & omnibus dotis

priuilegijs

priuilegijs destituitur, vt in *d. l. si non designata in fin.* de quo forsan infra dicemus quoad falcidiam, & ita non solum in dotis colore, sed etiam alio prætextu debiti valet legatum, vt lego decem Titio, quæ ei debeo, licet enim non sit verum me debere, legatum valet, vt in *dictis legibus, & in l. si sic, in §. 1. de legat. 1.*

Sed oppono quod legatum non valeat, quia verba refragantur, cum restituere potius, quam dare voluerit, & dissoluere potius obligationem quam constituere. Solutio, tex. respondit reddendi verbum quamquam significationem habeat retrodandi, &c. & ita falsa demonstratio, vel causa non vitiat legatum, etiamsi opus esset verbum impropriari, nam licet verbum reddere significet dare, id tamē nō ita proprie.

Sed opponitur quod falsa demonstratio, vel causa vitiet legatum, vt in *l. virilis, in §. si quid vxori, infra de legat. præstan. & in l. is qui in potestate, in §. ei qui dotem.* Ei qui dotem non habet, inquit *Paul.* nullum legatum debebitur, licet sub prætextu dotis legetur.] sensit glo. in *dicta l. si.* Solutio, ibi falsa demonstratio, vel causa vitiat, quia sola dos vera habet priuilegium illius scilicet tituli, quando legatur vxori, vel nurui: color autem dotis vt diximus, non habet hoc priuilegium, & ita si illa dos legaretur alicui ex descendentibus, vel ex illis quibus ex illo edicto conseruantur, debebitur etiam si non sit vera dos, sed prætextu dotis legatur, & ad hoc in simili faciunt quæ diximus in lib. 2. harum interpret. in c. 4. in nu. 14. in medio circa interpretationem *l. si q. is pro redemptione. C. de donationib.* denique vt conseruentur legata ex *tit. de legat. præstand.* alterum est necessarium, vel quod alicui ex descendentibus, vel ascendentibus relinquatur, vel quod nurui, vel vxori dos vel pro dote relinquatur, & ideo glo. *in d. l. fin.* quæ generaliter vult legatū sub falsa causa, vel demonstratione factum, non conseruari ex edicto de legatis præstandis, quasi habens duo specialia, vera non est, quia imo conseruatur, si liberis relinquatur, & hæc est veritas.

4 Sed opponitur quod falsa demonstratio, vel causa vitiet legatum, nam etsi rem meam tamquam tuam tibi tradam nihil agitur, vt in *l. 3. in §. subtilius, supra de condictio. caus. dat.* quia ex præcedenti necessitate facere videor, arg. *in l. 3. in §. Seio supra de minor.* cessante ergo necessitate, quā præexistere existimabat, actus vitiabitur, vt in *l. is qui putat, supra de acquirend. heredit.* sic si decem quæ tibi debeo legem, videor ratione debiti legare, cessante ergo debito legatū quod necessitatis causa factū est, vitiabitur. Sol. istum tex. & omnes similes intellige quando sciens prudensque testator, se non debere, legauit, si enim existimaret se debere, erroreq; legasset, vitiaretur legatum, quia causa finali cessante legatum vitiatur, vt in *l. neque apud, & in l. si pater. C. de hered. instit. & in l. eam quam, C. de fideicōmiss.* sic si fratri quis leget, putans eum fratrem esse, qui non sit, nun valet legatū, sed etsi sciēs fratrem non esse eum vt fratrē instituat, vel ei leget, valet dispositio, vt *in l. nemo, in §. qui frater non est, supra de hered. instit.* & ita hic testator sciēs non esse dotem, dotem legauit, vt probatur ex tex. ibi, Quamquam sciret dotē ei redditam.] Si ergo ignorasset contra esset, nam & falsa causa vbi testator non esset aliter relicturus, vitiat legatum, vt *in l. cum tale, in §. falsam, infra de cōditionib. & demonstrat. & in l. quidā vxori, infra de aur. & argent. legato.* & quod hæc causa ab errāte adiecta, finalis esse videatur, etiā in difficiliori specie probat tex. *in l. 1. C. de fals. causa.* vbi error talis vitiat liberationem, quæ fauorabilis est, multo ergo magis impediet obligationem.

Sed opponitur, quod semper nullum sit legatum, nam aut testator qui legauit decē, quæ debebat Titio vere debebat, & tūc nullum est legatum, vt *in l. si creditori, supra de legat. 1.* aut nō debet, & propter errorem vitiatur legatū, ergo numquam legatum valet. Solut. verum est hoc nisi vbi scienter ita legauit, vt dictum est, in dubio autem quando de errore non constat, colorem potius quæsisse videtur, vt *in l. Aurelio, in §. fina. infra de liberation. legat.* neque in hac specie præsumitur error ex eo quod constet non esse verum id quod testator expressit, licet hoc sufficere alias soleat, ad erroris probationem, vt *in l. non idcirco. C. de iur. & fact. ignorant.* quia hæc est natura falsæ causæ, vel demonstrationis, quod falsus color quæsitus in ea videatur, qui color in errante cadere non potest, & ideo si erret, vitiatur legatum, & hoc puto per tex. nostrum, & per *dict. l. 1. contra Socin. in l. demonstratio falsa, in 1. col.* qui male reprobat *Alex. in dicta l. si sic* tenentem istam opinionem, licet in ea *Raphael Cum.* fuerit dubius, sed tex. hic qui toties scientiam inculcat, hoc maximè verum esse ostendit. nam primo dicit cum reddidisset,] quod cum factum fuerit proprium, ignorantiam excludit. postea dicit, quamquam sciret,] item, hoc prætexru,] quo fit vt scientia sit necessaria, vt valeat legatum, alioquin otiosæ essent tot scientiæ repetitiones, & valde superfluæ. 5

Item adde, quod hæc vera sunt circa legatū factum sub falso debiti proprij nomine. si vero sub falso nomine debiti alieni, vt lego decem, quæ mihi Seius debet Sempronio, nullum est legatum cum Seius nihil debet, vt in *dicta l. si sic, in §. 1. de leg. 1.* quod procedit etiam si coniūctæ personæ legetur secundum *Cuma. ibi in fine,* quia deficit substantia legati, & ideo etiam si sciat nihil sibi deberi: non valet legatum, secundum *Paul. & Alex. in dicta l. si sic.*

Sed quæro vtrum ex hoc legato secundum terminos legis nostræ facto Falcidia detrahatur? Respondeo iure isto dubium non est, cum neque expresse Falcidia prohiberi possit, hodie autē cum possit prohiberi appellādo debitum videhitur voluisse, vt non detrahatur, item & voluisse hoc legatum alijs legatis præferri, non obstat quod debeat falcidia expresse prohiberi, vt *in auth. Sed cum testator. C. ad l. Falcid.* quia 6

quia ideo pertinet, vt nuda voluntas quæ ex actu legandi colligitur, non sufficiat, sufficit autem si aliter de voluntate testatoris constet vt latissimè sumus interpretati in aliis nostris selectis interpretat. in lib. 2. in cap. 7. n. 12. & 13.

SVMMARIVM
Ex l. Lucius.

1. *Intellectus doctorum ad istam legem reprobantur.*
2. *Intellectus l. huiusmodi, in §. si Titio, de legat. 1.*
3. *Coniecturæ vt ex solutione facta adhuc supersit legatum.*
4. *Intellectus l. huiusmodi in §. pater.*
5. *Si testator legauit 200. pro filia maritanda, postea centum datis eam maritauerit, an possit filia petere alia centum.*
6. *Per traditionem legatum an conuertatur in simplicem donationem.*
7. *An traditio operetur, vt præferatur aliis legatariis.*
8. *Interpretatio l. Taurina. 17. & 44.*

IDem *Celsus*. Lucius Titius testamento suo Publio Mæuio militiam suam reliquit siue pecuniam eius, quæcumque redigi ex venditione eius potuerit, cum suis commodis. Sed cum superuixit testamento Lucius Titius militiam vendidit, & pretium exegit, & dedit ei, cui illam militiam, vel pretium eius testamento dari voluerit: post mortem Lucij Titij iterum Publius Mæuius vel militiam, vel pretium eius ab hæredibus Lucij Titij exigebat. Celsus existimo pretium militiæ præstari non oportere, nisi legatarius ostenderit testatorem, & post factam solutionem iterum eum pretium militiæ accipere voluisse, quod si non totum pretium militię sed partẽ viuus testator legatario dedit, reliqui superesse exactionem, nisi hæres & ab hoc recessisse testatorem ostẽderit, onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntate ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat.]

Oppon. 1. 2. & 3. cum Bart. dic, vt per eũ, sed opponitur quod debeatur legatum, etiamsi sit solutum à testatore, vt in *l. huiusmodi, in §. si Titio 2. supra de legat. 1.* Si Titio Stichus aut Pamphilus, (inquit *Iulianus*) vtrum eorum malet legatus est, deinde Pamphilũ testator Titio donauit, Stichus in obligatione manet.] *Bart. ibidem post Dynum* respõdet quod hic testator soluit id totum, quod legauit, ibi vero alteram partẽ, & ibi dicit *Imol. & Paul. de Cast.* quod ibi erat legatum alternatiuum, hic vero simplex, sed hæ solutiones non videntur satisfacere, quia licet in legato alternatiuo sint duæ res, tamen si vna ex eis soluatur, totum debitum exoluitur, vt in *l. si quis seruum. in §. 1. supra isto tit. & l. plane 2. in §. pen. sup. tit. 1.* item hic fuit legatum alternatiuum rei, vel pretij, ergo dicta solutio non est bona, ideo *Ang. de Perusi hic, & ibi* respondet, quod aut legatum alternatiuum est plurium rerum distantium, & procedit lex contraria, aut alternatiua est inter rem, & eius pretium & procedit hæc lex. non enim propriè est alternatiuum hoc legatum propter conformitatem rei cum pretio eius, vt res diuersa non censeatur. quod etiam subsensit *hic Cumanus in 2 lect.* cum pretium loco rei succedere soleat, vt in *l. si rem & pretium supra de petitio. hæredit.* maximè ex partis voluntate, & mente defuncti. vt in *l. si dignum infra ad leg. Falcid.*

Sed adhuc hæc responsio non satisfacit, quia
vera alternatiua est inter rem & pretiũ, sicut si
res, vel pars eius legetur, vel vsus fructus. nam
etsi non omnino alia res sit vere, tamẽ est lega-
tum alternatiuum, vt in *d. l. plane in §. si ita.* ideo 1
verus sensus istius legis est, licet doctores non
explicent, quod aliud est si legetur Stichus, aut
Pamphilus, vel res, aut eius pretium, aliud ve-
ro si legatur res, vel pretium redigendũ ex eius
rei venditione. in hac enim specie est subsidiaria pretij obligatio, neque est vtraque res in obligatione, cum pretium ita demũ debeatur, si res vendita fuerit. si enim non vendatur, non est pretium debitum, & ita non est propriè legatum alternatiuum, cum altera res non sit in obligatione antequam altera res ab obligatione subducatur. faciunt notata *supra isto tit. in l. si quis seruum, in §. 1.* & quod dicitur de fideiussore indemnitatis, in *l. fi. supra si cert. petat.* & hic est verus sensus istius legis.

Sed quia dura videtur Iuliani sententia, in 2
dicto §. si Titio. existimo illum text. intelligi debere quando res, quæ in altera parte alternatiua posita erat, non simpliciter fuit soluta, sed animo donandi de nouo fuit tradita, & ita non intentione exequendi legatum, & sic remanet integrum legatum prius factum, cum sit res in qua possit exolui, sicut si in eodem testamento pluries eadem quantitas legata foret, vt in *leg. quinquaginta, sup. de probationib.* de quo in *dicta l. plane, in §. si eadem res.* hic autem intellectus probatur ex *dicto §. si Titio*, ibi, donauit. si ergo animo donandi dedit, nõ exoluendi prioris legati, & ita non ex animo exequendi, sed de nouo dandi, ideo adhuc legatum valet, quia remanet res in quo subsistat, neque impeditur multiplicatio, cum circa res diuersas possit versari, vt in *dicto § si eadem res.* & ita non obstat text. in *l. filiis legatorum, C. isto titul.* quia ibi vnica res erat in legato, quæ sit soluta, ideo multiplicatio largitatis in eadem re non cadit, & hic est singularis intellectus *illius legis huiusmodi, in §. si Titio*, iuncto, quod in *d. §. si Titio.* fuit electio expresse concessa legatario, quæ hic necessario videtur adempta, cum subsidiarium fuerit legatũ, quia etiamsi ibi est consumptum ius eligendi, cum vna tantum res remanet in obligatione. vt *supra isto titul. in leg. si is cui, & in l. si decem in §. Stichum, infra de solutionib.* tamen non efficit hoc quin debeatur altera res, imo vt ea sola remaneat in obligatione. ad nostrum text. ex supradictis multiplex & varia potest dari interpretatio.

Sed difficultas est, vt non videatur iniquum prædictum Iuliani responsum, nam hic nulla res remanet, in qua possit consistere legatum

pretio rei venditæ soluto, sed agimus de dissoluenda difficultate dic. §. in quo vt dixi electio fuit expresse concessa legatario, sed dices quare testator qui totum legatum adimere potuit, non potuerit electionem adimere, solutione per eum facta? maxime quia in omnem euentum ibi consumpta fuit electio, sed hoc non negamus, neque enim de potestate, sed de voluntate dubitamus. Denique solum tex. ille procedit, vbi si testator expressè donare dixit, non autem idem dicemus, si simpliciter alteram rem dedit, vel soluit, quando electionem concesserat legatario, donando enim non videtur exequi legatum, & iste est singularis intellectus illius text.

Ex supradictis distingui potest, vtrum soluta re legata à testatore adhuc supersit legatum, aut legatum fuit factum in specie, & ita in re sua natura non multiplicabili, aut alternatiue, aut concessa electione legatario aut non concessa, aut in quantitate: in prima specie videtur testator exonerare hæredē, & extinguitur legatum, argumēto *dicta l. plane*, in secunda vero in legato alternatiuo, aut soluit animo donandi, aut simpliciter. Primo casu oneratur hęres, & adhuc debetur legatum, in secundo vero liberatur hęres à legato, in tertia vero specie in legato quantitatis, idem dicemus quod in præcedēti, quia aut animo donandi, aut simpliciter, quia eiusdem rationis sunt hę duæ species, cum supersit alia res in qua fiat solutio, neque concurrunt in eadē re ambę dispositiones.

3 Sed quæro, dicitur hic legatarium, cui soluit testator, petere legatum non posse, nisi ostēderit adhuc facta solutione testatorē voluisse superesse legatum, quomodo hæc voluntas demonstrari poterit? Respōdeo si testator hoc expresse dixit, nulla est dubitatio, si verò expresse non dixit, gl. hic vult quod si probetur pecuniā ex venditione redactam, in vsus suos cōuertisse & aliam soluisse, videtur ex hoc voluisse vt adhuc superesset legatum, interest ergo ex qua pecunia soluerit secundum Bar. qui videtur sequi gl. & Angel. de Perigl. Sed *Paul. de Cast.* existimat hanc coniecturam potius vergere in cōtrarium, quia conuertendo in suos vsus potius videtur reuocasse legatum, quàm duplicasse, vt in legib. allegatis in gloss. ideo ea pecunia amplius non debeatur, & tunc demum hanc cōiecturam pecuniæ prodesse, si eam conseruauit repositamque habuit, non si in suos vsus conuertit, vt *dict. § si rem, hic allegat. Cumanus* autem sequitur coniecturam gl. & Bart. intelligendo tamen vt videatur solui ex ea pecunia, quæ ex venditione est redacta, quando statim post vēditionem soluit, licet non probetur fuisse eadem pecunia, quæ est soluta: si vero soluat ex interuallo alia pecunia videtur soluta, quam illa, quæ ex venditione fuit redacta.

Ioan. vero *de Imol.* leuem hanc coniecturam existimat, vt legatum censeatur esse multiplicatum: cuius sententia verissima est. quis enim distinguere potest, quod ex hac vel illa pecunia fiat solutio? cum in pecunia hac vel illa non detur affectio, vt in *l. in numis, sup. de in litē iurād.* neque species vmquam censeatur, nisi vbi certi loci rario habetur, in quo pecunia circūscripta est, nam & testator, qui rem vel pretium ex re redigendum legauit, potius generis, vel quātitatis quam speciei habuit rationem, neq. ex hoc speciem constituit, vt ea perempta, vel cōsumpta legatum extinctum esse videatur, vel ea conseruata multiplicatum, vt in *l. 2. si cert. petat.* alioqui si hic nō soluisset pretium rei vēditę testator, sed periisset pecunia vel cōsumpta esset, periret legatum pecuniæ, quod verum non est. nā licet quæ ex venditione redigeretur, fuerit legata, tamen ideo pertinet, vt cōstet quāta sit, non tamen vt sit specie legatum quoad pecuniā semel ex venditione redactam, & ita credo quod opinio gl. Bar. Ang. de Perigl. Cuman. & Pauli sit falsa, & teneo quod siue pecunia ex vēditione redacta, siue alia soluatur, siue illa extet, siue sit consumpta ex solutione facta à testatore, satisfactum esse legato hæredemq. exoneratum ab eius repetita solutione: sicut quando decem in genere legata sunt Titio, si testator in vita decem soluerit, legatum cessabit ex mente *Bartol. in solutione legū huiusmodi, in § si pater.* & aliorum doctorum excepto Cumano, qui voluit duplicasse videri legatum, sicut quando bis pecuniam in testamento legauit, vel in testamento semel, & iterum in codicillis, vt in *l. quinquaginta, supra de oblationibus.*

Sed hæc similitudo Cumani non bene conuenit: nō enim sicut legatis decem superfluum esset legare iterum decem, si de eisdem decem intelligamus, vt *in l. qui bis idem, infra, de verbo. obligationib.* ita legatis decem superfluum est ea soluere, cum recte sine multiplicatione, neque superfluitate hi actus fiant, cum alter ad executionē alterius recte ordinetur, imo finis actuū est effectus, vel executio, quæ in numeratione versatur, quod satis cum iudicio subsensit *Raphael Fulgosi. in l. filia legatorum. C. isto titul.* coniectura igitur vera sola ea est, vt legatum multiplicasse videatur, si pecuniam donandi animo dederit, vt in *dicto § si Titio 2.* hic enim actus non actui legandi subordinatur, sicut simplex rei legatæ traditio, ideo ne superfluat alter titulus, multiplicasse largitionem videtur, & ita intellige istam materiam quam male Doctores interpretantur.

Sed opponitur, nonne superfluit alter titulus in specie contraria, text. in *l. huiusmodi, in § cum pater, supra tit. proximior.* & tamen non inducitur multiplicatio legati, inquit enim. Cum pater pro filia sua dotis nomine centum promisisset, deinde eidem centum eadem legasset, doli mali exceptione hæres tutus erit, si & gener ex promissione, & puella ex testamēto agere instituerit, conuenire enim inter eos oportet, vt alterutra actione cōtenti sint.] Solutio, ibi præcesserat causa, quæ necessitatem 4

in-

inducit, ideo sequens actus eam respexisse videtur. argument. *l. si stipulatus, supra de vsuris, & in l. 1. in §. hac stipulatio, infra vt legator. in min. caueat.* & hoc quando legatur idem quod debetur, secus verò si alia res licet priori debito obnoxia sit, vt in *l. creditori, C. de legat.*

5 His expeditis *Bart. hic post Dyn.* inducit istum textum. ad quæstionem testator filiæ ducentum legauit pro ea maritanda, postea viuus eã maritauit, centum tantum in dotem constitutis, vtrum filia reliqua centum ex legato petere possit? de ducentis enim quæri non potest, cũ titulus dotis prioris dotis sit executio, non titulus nouus diuersus à primo, vt apparet ex his quæ suprà diximus, & Bartol. relata opinione Dyn. & alia Oldradi resoluit, quod cùm pro maritanda filia legatum fuerit factum, ea maritata causa legandi sit finita, residuum petere non possit contra Oldrad. cum Dyno; secus autem si pro dote filiæ legauit, cùm dos etiam augeri possit matrimonio contracto, & ita non sit finita causa legati. ita distinguit *Bart.*

Et adde quod solet litera Bart. esse corrupta debet dicere, & hoc puto non benedictum, & esse litera negatiua, quia tenet contra Oldrad. cum Dyno. Sed communiter doctores approbant opinionem Oldrad. reprobata Bart. distinctio. vt per *Iason. in l. filia legatorum, in num. 3. C. isto tit. & Gualdens. de arte testand. in tit. 6. in cautel. 36.* & ita indistinctè filia reliqua centum petere poterit. de quo etiam per *Reuerendissimum Episcop. Segobiens. in cap. officij, extrau. de testam. in num. 10.* qui forte propter corruptam literam Bart. dubitauit, quid sibi Bart. velit, quod etiam effecit, vt *d. Petrus Peralta, in nu. 38.* male Bartol. intellexerit, cùm tamen emendata litera clara sit Bart. intentio, quod tenuerit eum *Dyn.* contra Oldrad. vt apparet ex Iasone, qui pro Oldr. & contra Bartol. inducit rationem, quod patet dotem promissam filiæ minuere possit, de quo ipse disputat, cùm tamen nihil penitus ad hanc rem possit pertinere, cùm hic non de potestate patris, sed de voluntate quæratur, nam de potestate minuendi legatam dotem nullus vnquam dubitauit, id enim quod *Iason* tradit ad vltimas voluntates non pertinet. Denique opinio Oldradi est verior & communis.

Sed quæro, pone testator Seium in fundo Titiano solum hæredem instituit, postea in vita eundem fundum eidem tradidit, vtrum hæres fiat vel non fiat, hanc quæstionem ponit *Ripa in l. re coniuncti, in num. 89. de legat. 3.* & *Ripa* distinguit an tradat ex donatione vel alitet. videe eum. ego puto hæredem eum fore, quia cũ à lege detracta fundi mentione hæres iudicetur, etiam te subtractata, vel perempta quocũque modo hæres remanebit, idem enim quod testator vel natura fecit, scilicet fundum vel rem detrahere, facit lex quæ detracta fundi mentione eum hæredem declarat simpliciter, quinimmo verius puto neque adimere hoc legatum, vel potius rem testatorem posse, cùm adimi hæreditas eodem testamento quo data est, non possit, vt latius interpretati sumus, in *l. si ita scriptum, in §. regula est, supra de liber. & posthum.* vbi de hoc, ademptio igitur istius rei non poterit hæreditatem adimere, vide ibi. quod est valde notandum ad declarationem *tituli infra de adimend. legat.* quia neque legatum ex quo adimatur hæreditas adimi potest, vt ibi diximus.

6 Sed quæritur circa istam l. vtrum tradendo rem legatam legatario testator videatur legatum in donationem simplicem transtulisse, vt iam reuocari non possit, vel remaneat in terminis legati, vt adhuc possit reuocari, & in hoc *Bart. post Dyn. in l. legatum, infr. isto tit.* tenet quod si simpliciter tradatur, videtur in donationem transire, secus si dixisset ex causa legati sibi solue. e. quod & *Paul. de Castr. hic.* probare videtur, & *Imol. ibid. Arg.* l. etiam vide. ut velle opinionẽ Dyni, simpliciter esse veram, tamen rationes suæ in opinionem contrariam tendunt. *Ias. in l. filiæ dotem, in 2. col. C. de collat. & Matth. de Afflict. decis. 275. & Petrus de Vbald. de 4. cano. Episc in c. 3.* & communiter doctores volunt in dubio donationem induci per traditionem factam à testatore, & ita irreuocabile fieri legatum.

Sed mihi verius videtur à legati natura non discessisse, adeò vt legatum possit reuocari, licet dominium traditione legati transtulerit testator, & pro hoc videtur text. in *l. 1. in §. si parendi, & in l. cum quis supra, de condiction. caus. dat.* Si parendi conditioni causa tibi dedero decem, inquit *Vlpianus*, mox repudiauero hæreditatem, vel legatum, possum condicere.]Et in donatione causa mortis re tradita, conditio etiam datur & cum fructibus, inquit enim *Paulus*: Cum quis mortis causa donationem, cùm conualuisset donator condicit, fructus quoque rerum donatarũ, & partus, & quod accreuit donatæ repetere potest.] & *idem Paulus in l. videamus, in §. item si supr. de vsur.* Et pro ista opinione facit text. hic, in quo simpliciter est facta solutio, & tamen donasse non videtur, alioquin integrum legatum peti posset, vt suprà probauimus per *legem huiusmodi, in §. si Titio, supra titul. proximior.* licet aliter hic text. sit intelligendus, & ille vt diximus supra, sed rei legatæ facta traditio dominium transfert, vt supra etiam diximus, & tenet *Bartol. in dict. l. legatum*, quod deduci potest ex *l. dotis fructu, in §. fin. supra de iure dotium*, & pro opinione nostra facit, quia in dubio voluntatis mutatio non præsumitur, vt hic & facit text. in *lege quinquaginta, supra de probat. & in lege eum qui, & in l. 3.* & facit textus in *lege cum hic status, in §. ait oratio in fin. princip.* vbi *Bartol. supra de donationib. inter vir. & vxorem, & in cap. maiores, in §. dormientes, extrau. de baptism. & in lege nunquam, in §. si vir, & in §. si seruus, infra de vsucapion. & in cap. licet, cum gloss. de procurator. Iason in lege quod Seruius, in columna 3. de condictionib. causa dat. & in lege sancimus, in numero sexto. C. de testament. & Alciatus de* pra-

præsumption. in 2.regula præsumption. 16. per totam præsumption.& per totam illam regulam. Sed quæstio hæc potius facti erit, quam iuris, quid testator sensisse videatur, licet in dubio permansisse in eadem voluntate dicemus.

Sed opponitur quod non videatur quis in eadem voluntate durare. nam animus & voluntas est quid facti.vt in *l.bonæ fidei emptor,infr. de acquirend.rer. domin.* Sed secundum naturam agere in homine non potest esse continuum,vt in *l.seruitutes,supr.de seruitut.tit.general.*ergo non potest semper velle idem,& ideo in his discontinuis, ex eo quod fuit non præsumitur quid esse,vt per *Alciat.vbi sup.14.præsumpt.* Sed potest responderi ex *Bald. in l.ex persona in num.3.circa fin. C. de probat.* quod executio voluntatis non potest esse continua, licet ipsa voluntas potest. Dic clarius,quod ex volūtate producitur effectus continuus,& licet velle semper non possit quis, volitum tamen durare semper potest, & ideo condemnati perpetuo puniūtur, quia fuit eorum perpetuo peccandi voluntas,cùm nunquam pœnituerit eos in vita: ideo condigna est pœna perpetua peccatis, cum secundū voluntatem & ipsa sint æterna: & ita furiosus qui tempore furoris existebat in peccato mortali videtur in eo permanere secundum *Bart.in d.l. nūquam*, qui refert hoc tenere theologos, quorum opinio rigida & terribilis videtur D. Petro de Peralta; sed nõn debuit hoc sibi videri, cùm opinio contraria sit contra fidem Catholicam,alia ponit *D.Petrus*, quæ non est opus referre, licet circa *l. libertis quos*,dici posset, loqui in legato alimentorum, qood multiplicationem non recipit,de quo alibi dicemus.

Sed quid si testator rem legatam tradat, & postea hæreditas non adeatur, vtrum inutile fiat legatum,quod videtur ex supradictis.argu. *d.§ si parendi*, sed contrarium existimat *Bald.in l. 1.in fin. C.si quis omis. caus.testament. & Ripa in l. 1. in princip.in 3.colum.infr.quo legator*, neque obstat quod diximus,legatum non amittere suam naturam,per traditionem,id enim verum quoad naturam suam, quæ ad voluntatem testatoris pertinet. oam deficiente voluntate, legatum deficit, & alij defectus non nocent,quia traditione eis præcauisse testator videtur, imo etsi legatum minus solemne fuisset, traditione firmabitur, quod est notandum, quinimo & traditione videtur falcidia exemisse legatum,& alijs legatarijs prætulisse,denique contra omnes alios,non vero contra se legatum firmissimum reddidisse, tutumque fore ab hærede & alijs legatarijs, quod est singulare.

Neque obstat text.qui hoc videtur destruere in *l.quærebatur,ad l.Falcid.* vbi neque legatum liberationis, io quo legatarius possessor est, præfertur alijs, neque falcidia excusatur, sed respondere potes, quod testator non tradidit, neque ad id voluntatem accommodauit, sed lex id efficit, ideò ex voluntate defuncti nihil habet singulare illud legatum, sed fortis est text.in *l.in donationibus. C.ad l.Falcid. cum l.Papinianus,supra de donat.inter vir.& vxor.* neque potest dici quod id ante *authentic. sed cum testator*, solum procedat, quia etiam ante eam in præiudicium aliorum legatorum non hæredis poterat Falcidia eximi legatum: ideo quoad Falcidiam licet supradicta subrilia sint subsisto, cùm traditio non excuset falcidiam, in *dicta l. in donationibus*, quæ omnia nota, quia doctores non declarant. vide quæ diximus supra in lib.2. in cap.7. num.12.

8 Ex supradictis poteris inferre interpretationem l.17.& 44. Tauri, circa quam hic satis laborat *D.Petrus Peralta in num.20. cum sequent.* & frustra verba legis durissime accipiendo, & contra eius contexturam, vt bene animaduertit *D. Ludouic. Molin.in lib.4. Hispan.primog.c.2.in num.20.* in qua habetur, quod melioratio facta per contractum secuta traditione fit irrenocabilis, quasi secus si in testamento fieret, vt traditio id non operetur, quia hoc pendet ex supradictis,vt si transeat ex traditione in contractum vltima voluntas, id efficiat irrenocabile, quia contractus est,alioquin remanebit vltima voluntas in sua natura, vt retocari possit, per supradicta, de qua re videndus est *idem D. Ludouic. Molin.in libr. 1.de Hispanor.primogen. cap.12.* & licet dicta l. duo requirere videatur, vt melioratio irreuocabilis sit,alterum, vt in contractu fiat,alterum,vt deinde traditio sequatur, tamen vtrumque concurrit in his speciebus, quibus per traditionem vltima voluntas in contractum transit, breuique manu lex id occultè operatur, vt in simili dicitur in *l.licet,in §. quoties,supr.de iure dotium,& in l.singularia,supra si cert.petat.*

SVMMARIVM

ex l. Lucio.

1. *Debitoris solet esse electio.*
2. *Si ex contractu sit debitor, secus si ex vltima voluntate, & ponitur ratio istius discriminis.*
3. *Interpretatio l.Titio vsusfructus, infra de vsufruct. legat. & infra in num.5.& alijs sequentib.*
4. *Interpretatio l.si seruus legatus in §. cum homo, de legat.1.*
6. *Quando in vna parte alternatiue ponitur quantitas, cuius sit electio.*
7. *Error Ioannis de Imola & Angel.de Perigl.*
8. *Intellectus l.cum res.de leg.1.*
9. *Error Angel.de Perigl. iterum alius eius error, num.10.*
11. *Error Imol.*
12. *In legato generis cuius sit electio.*
13. *De alternatiua inter totum & partem.*

MArcellus, Lucio Titio fuodum Seianom, vel vsumfructum fundi Seiani lego, potest legatarius vel fundum vetidicare, vel fructum, quod facere non potest is cui tantū fundus legatus est.] Hæc l.& eius materia est valde difficilis, siue stricte ista l. sit interpretanda in legato fundi, aut vsusfructus, sicut & in *l.si Titio fundus,*

fundus infra de vsufruct. legat. & in l. plane, in §. si ita de leg. 1. siue generaliter, vt non in hoc tantum, sed in omnibus alternatiuis legatis, sit danda legatario electio, vt *Bart.* not.

1 Et opponitur quod in alternatiuo, hæredis debeat esse electio, cùm sit debitor, & debitori electio soleat concedi, in *l. plerumque, sup. de iur. dot. in §. finali*, ibi: si nihil de electione adiiciatur, electionem habebit maritus vtrum malit res offerre, aut pretium earum. nam & cum illa aut illa res promittitur, rei electio est vtram
2 præstet.] Solut. id verum est quando quis est debitor ex contractu, vt *gloss. in fin.* probat, licet in princip. aliud voluerit. Sed opponitur quod imo & in contractibus sit electio creditoris, vt in *l. si sic stipulatus fuero per te, infra, de verbor. oblig.* itemque debitoris, & sic hæredis sit electio in vltimis voluntatibus, vt in *l. si ita relictum, in §. fin. infra isto tit.* ibi: quia hæredis esset potestas in eligendo.] ergo per contrarium distingui debuit. Solut. aut verba diriguntur ad debitoré, & electio erit debitoris in vltimis etiam voluntatibus, aut ad creditorem, & eius erit electio etiam in contractibus. nam in dicta l. si ita ad hæredem fuerunt verba directa, nam inquit *ibi Pomponius*, Si ita scriptum sit, decem aut quindecim hæres dato, pro eo est, ac si decem sola legata sint, aut si ita sit, post annum aut post biennium, quam ego decessero, hæres dato, post biennium videtur legatum.] & ita illa verba quæ supr. retulimus, quia hæredis esset potestas in eligendo.] ad speciem propositam referuntur, & non generaliter sunt accipienda, quia verba relata sunt ad hæredem, & ita ad debitorem, sicut in *dict. l. si sic.* ad creditorem inquit enim *Paulus*, Si sic stipulatus fuero per te non fieri, quominus hominem ex his, quos habes sumam, electio mea erit.] Ecce quod ibi verba executionis ad creditorem referuntur, nam de alijs verbis non est ratio aliqua habenda; vbi vero verba dubia sunt, tunc differunt contractus ab vltimis voluntatibus, vt in his creditoris, id est legatarij, in illis debitoris sit electio. ratio potest esse, quia regulariter legata sine expressione hæredis fieri possunt, non autem legatarij, ideo cum persona legatarij nominetur, eius videtur esse electio, at cõtractus sine promissoris persona concipi non potest, & ipse executionem promittit, nisi vbi executionis verba in creditorem conferuntur, vt in *dicta l. si sic.*

Sit igitur regula, illius est semper electio, ad quem verba referuntur, siue sit hæres, siue legatarius, verba autem executionis potiora sunt alijs verbis, & ita verba agẽdi, potiora sunt verbis patiendi: hæres dato Stichum, aut Pamphilum, his verbis electionem tribuit hæredi, non Titio, quia Titius non agit in hac oratione, sed hæres. aliud est si ita legetur, Titius decem, aut Stichum sibi habeat, quia electio est legatarij, & idem si verba legandi non exequendi sola referãtur ad legatarium, vt Stichum aut Pamphilum Caio lego, Caij est electio, & ita vbi expresse sunt verba relata ad hæredem, hæredis est electio, vt in *d. l. si ita*, & ad istam regulã pertinet text. in *l. si quis duobus, supra isto tit. & in l. si quando, in §. hæres, sup. tit. proxim.* & ad omnia legata quæ fiunt per damnationem, vt in *l. si is cui, in 2. respon. sup. isto tit.* quia cum hęres damnatus esset, in potestate eius esset, quam partem daret.] inquit *Scæuola, in l. qui concubinam, in §. 1. inf. de legat.* 3. & ibi etiam *Bartol. & alij* multi expendunt text. *in l. Titio vsusfructus, inf. de vsufructu*
legat. vt ibi verba sint directa ad hæredem. sed 3
diuinare hic intellectus videtur. nam in textu nullum est huius rei vestigiũ, inquit enim, Titio vsusfructus Stichi, aut si nauis ex Asia venerit, decem legata sunt, non peret vsumfructum antequam conditio decem existat, vel deficiat, ne potestas hęredi, vtrũ velit dandi auferatur.] ecce quod nulla mentio est facta hæredis, imo potius legatarij est facta, & tamẽ hæredis est electio, ideo ille text. non videtur pertinere ad hanc regulam, sed ad illam, quod vbi verba referuntur ad legatarium vel sunt dubia, legatarij sit electio, vt *hic & in d. l. si Titio, eod. tit. & in dicta l. si is cui, supr. isto tit.* vbi videtur probari vtraque regula, & facit text. in *l. qui duos, de legat.* 1. & tex. *in l. cum illud, in fin. princ. infra quando dies legati cedat, in l. 1. infr. de reb. dub.* nam si ibi esset electio, hæredis quæstio superflua esset, vt in *dict. l. si ita relictum, in §. fin.* quid igitur ad *dictam legem Titio vsusfructus* respondebimus?

Raph. Cuman. hic respondet, quod tunc demum legatarij est electio, quando res testatoris alternatiue legantur, siue vero res alienæ, genus vel quantitas in alternatiua ponantur, non sit electio legararij, sed hæredis, vt in *dict. l. Titio vsusfructus*, hoc probare vult *Cuman.* ex ratione text. in *l. si seruus legatus, in §. cum homo, sup.*
de legat. 1. vbi inquit *Africanus*, Cum homo Titio 4
legatus esset, quæsitum est vtrum arbitrium hæredis est, quem velit dandi, an potius legatarij, respondi verius dici electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione vti velit, id est legatarij.] Ecce quod vbi electio actionum est legatarij, est etiam electio rerum, competunt enim legatario plures actiones personales, & reales isto iure, & secundum aliquos etiam, & hypothecaria, sed in rebus alienis, vel in quantitate non datur electio actionum, cum realis non detur, ergo neque rerum, & ita ista opinio videtur probari per Africanum.

Sed hæc inductio Raphaelis pessima est, & contra eandem l. quæ in legato generis loquitur, in quo rei vendicatio non competit, vt notatur in *l. 1. supr. de legat. 1. per Bartol.* & omnes & dicemus in *l. Meuius, in §. duobus, infr. isto tit.* Præterea ex ista ratione fieret, vt nunquam legatario electio competat, cum in alternatiuis legatis dominium non transferatur, vt in *l. 2. §. sciendum, supra ad exhibendum, in versic. plus dicit.* nam vt inquit *Paulus per textum ibi, in lege huiusmodi, in §. Stichum, de legat.* 1. dominium non

cadit in alternatione, sed sola obligatio personalis, nec potest dominium alternatiuum dari: ratio est, quia non est ambulatorium dominium, nisi per traditionem causa præcedente, quæ sufficiat, neque hoc tollit quod petitione inducatur electio, & transferatur dominium, vt in *l. apud Aufidium inf. de optione legat.* quia hoc argumentum continet fallaciam, cùm præsupponit id, de quo est quæstio, scilicet cuius sit electio, & esset prior effectus causa, si ex electione actionum, rerum daretur electio: esset enim prior electio rei, quam actionis, & esset causa suæ causæ, quod fieri non potest, vt in *l. si Titius, supra de condition. instutut.* inductio ergo Rapha. falsa est.

Voluit ergo *ibi Africanus* regulam constituere, vt sit electio illius rerum an datur electio actionum scilicet vbi actiones competerent, nõ tamen vult, quod vbi non competerent plures, non detur rerum electio, quia semper verum est, actoris esse electionem actionum si competant plures, & nunquam hæredis. sic igitur sumitur argumentum Africani, vbi dãtur plures actiones, electio actionum datur legatario, ergo vbi dãtur plures res, detur electio rerum. Argumentemur à contrario, si non darentur plures actiones, non daretur electio, ergo vbi non dantur plures res, nõ dabitur electio. hæc est optima argumentatio, quæ nihil efficit in hac quæstione. ideo argumentatio Cuman. qui terminos mutat bona non est, sed vtitur falsa doctrina, quinimo semper plures actiones legatario competunt, cũ vltra prædictas & actio in factum, & ad exhibendum dentur, vt in *l. si hæres, infr. isto tit. & in l. quod legatur, supr. de iudic.* iuncta *dict. l. 3. ad exhibendum,* denique inductio Rapha. falsa est. quia *Africanus* potius quoddã simile inducit, quam vt illa semper concurrere velit, quia hoc est contra naturam similium, vt diximus in libello defensionis in part. 3. monit. 25. Quid igitur dicemus ad *dictam legem Titio vsusfructus,* in qua electio datur hæredi?

Rogerius glossator antiquus, ex quo videtur *Cuma.* opinionem suam extraxisse post Accursium hic, vult in legato vindicationis legatarij esse electionem, in legato damnationis hæredis: quod quidem verissimum est, & nouissime hoc probat *Cuiac. ad Africanum in d. § cũ homo*, sed non vt ipse putat, neque vt *Cum.* sed quia in legato vindicationis ad legatarium verba referuntur, Vindica tibi, &c. In legato vero damnationis ad hæredem, & intrant regulæ supradictæ: sed quando testator dicit lego Titio Stichum, aut Pamphilum, quod legatum sit, vel vendicationis, vel damnationis, vel lego seruum in genere, in hoc versatur quæstio quæ nunc controuertitur, in verbis enim ambiguis inest quæstio, neque enim diuinare possumus
5 in *dict. l. Titio vsusfructus*, legatum factum fuisse per damnationem, & tamen electio competit hæredi, cùm tamen glos. & doctores, velint in dubio esse legatario electionem concedendam, & *Iustinianus* inquit in *§. si generaliter, isto tit. institut.* si generaliter seruus vel res alia legetur, electio legatarij est, nisi aliud legator dixerit.

Nec supradictis obstat, quod *Iustinia. in prin. de legat. & in l. 1. C. communia. de legat.* reprobat differentiam inter legata facta per vindicationem, damnationem, vel per præceptionem, vel sinendi modum. vult enim & personalem & realem sine distinctione modi legandi, cõcedere: nam ideo pertinet vt in legatis simplicibus nulla sit differentia modi legandi, sed in rebus legatis est differentia, legetur genus vel species, vel per alternatiuam. hoc enim nõ tollitur, neque tolletur, quin damnationis legatum electionem tribuat hæredi, cùm verba clara sint, vt probatur ex *Africano in l. si quando, in §. hæres de legat.* 1. denique & in damnationis legatores vindicabitur, si dominium transferatur, vt electione facta in *l. huiusmodi, in §. Stichum de legat.* 1. Damnatio ergo dat electionem hæredi, sed non apparet de damnatione in *dicta l. Titio vsusfructus.* quærenda est ergo alia interpretatio.

Ideo *Ioan. de Imol. in l. si quando, in §. hæres, supr.* 6
de legat. 1. voluit quod si in vna parte alternatiua est posita quantitas, non propriè alternatiuũ sit legatum, sed quantitas videatur potius adiecta in pretium rei, vt possit hæres in quantitate soluere, tanti enim rem æstimasse videtur, quod etiam *Angel. de Perigl.* sentire videtur, si hæc opinio vera esset, satisfactum foret *d. l. Titio vsusfructus,* cùm ibi quantitas in alternatiua parte fuerit comprehensa, & ideo secundum Imol. hæredi potestas eligendi concessa videtur, cum exonerandi eum causa adiecta videatur, & potest hic intellectus comprobari, quia vbi in vtraque parte alternatiue est quantitas, electio conceditur hæredi, vt in *d. l. si ita relictũ, in §. fin.* facit *l. nummis, de legat.* 3. idem videtur si in altera parte ponatur, quia quantitatis natura præualere debet, qua omnes res æstimantur, vt in *l. 1. de contrahend. empt. & l. 1. de rerum permutat. supr.* licet in dicta lege si ita verba sint relata ad hæredem, ideò idem esset in speciebus.

Hic intellectus Imol. non caret colore veritatis, non quod in quantitate non cadat propriè alternatiua contra *Imol. & Angel. de Perigl.*
sed quia natura rei videtur electionem hæredi 7
conferre, & hoc videtur esse de mente *Vlpiani, in l. si vsusfructus, aut decem, infra quando dies legat. ced.* vbi in legato vsusfructus, aut decem videtur velle *Vlpianus* opus esse, vt legatario electio expresse concedatur, quasi ius commune, nisi id expressum esset, ei obstaret, à quo non dissentire videtur *Pomponius in l. si ex toto, in §. final. supra de legat.* 1. vbi similis expressè conceditur legatario electio. cur enim ita curiosè electionem expresse legatario à testatore concessam vterque iurisconsultus expressisset, si sine expressione sibi competeret? non solẽt iurisconsulti res nõ necessarias adeò persequi. hæc fuit

opinio

opinió Ioann.de Imol.quæ licet habeat colorem,dubia mihi videtur, nam & alibi sæpè exprimitur datam esse electionem legatario, licet hoc dicere opus non fuerit, vt in *l.plane,in §.si cui Stichus,supr.de legat.1.& dict.§.si,* generaliter loquitur de quibuscumque rebus legatis, rei autem appellatio generalissima est, denique vel diuinandum est in *dict.l.Titio,* electionem dari hæredi, quod verba ad eum directa fuerint,vel quod pecunia in vna parte legati fuerit adlecta, ideo non potest ante diem agere,ne potestas,&c.

Sed videtur hæc ratio inepta, quia idem esset,etiam si electio legatario competeret, cùm conditio posita in vna parte alternatiuè totum legatum conditionale efficiat, vt in *l.cum illud aut illud,infra quando dies lega.ced.* ibi:Nam pendente conditione non erit electio.]Sed respódeo duplex ratio potest assignari,& vtraque est bona,sed hæc videtur præsentior, quia electio est hæredi concessa,quam adimeret legatarius, si antequam nauis veniret peteret. nam videbatur hoc facere posse,quia electio data hæredi est auferenda, si motam esset facturus lega-
8 tario,vt in *l.cum res de legat.1.in §.sed si Stichus,* in quo etiam necessario suppleri debet, vel expresè electionem datam hæredi,vel verba ad eum fuisse directa, neque enim prædicta intelligentia Ioan. de Imol. potest ad illam l. adaptari,cum nó pecunia ibi relicta fuerit, sed seruus in vtraque parte alternatiue,sed in *d.l.Titio* non curatur, vt mora fiat legatario, quia illa mora ex iudicio testatoris prouenit, illa vero mora de qua *in d.l.cũ res,*solum fortuna vel casu contingit:denique *in d.l.Titio,*etiã nó data electione hæredi idẽ esset, data tamẽ ei electione præsentior est hęc ratio,ne ei electio adimatur.

Neque etiam intellectus *Imol.ad l.cũ res,*potest defendi,quod ideo ibi electio sit hæredis, quia vna res erat in longinquo ne oneretur hęres sumptibus deducẽdi, quia imo hac ratione electio data hæredi adimitur, quia erat in longinquo,sed de *hac l.cũ res* latius statim dicemus.

Aliud tentat *hic Ang.de Perigl.* quod vbicunque in vna parte alternatiuæ est minus, quàm in alia, sit in dubio electio hæredis,sed mala est hęc interpretatio ad illam l.quia illa decem exempli causa cuiuscunque summę quantitatem recipiũt,quid si illa decẽ essent millia,vel essẽt aurei? &c. Item ridicula est hæc interpretatio, quia semper electio esset hæredis, si verum id esset: nunquam enim possunt duæ species, vel species & quantitas ita in qualibet alternatiua poni,quin minus sit vnum,quã aliud,alioquin frustra electio daretur,quæ inter distantia poni solet:rursus esto quod possit, certè hoc rarissimum esset, neq; tot labirinthi pro re leui adeo essent excogitandi, vt cum dãda electio foret, constituatur de electione quæ nullius esset vtilitatis,illud vel illud eligere, item hoc est expressum contra l. nostram & contra text. in *l.plane 1.in §.pen.de legat.1.* denique vel in legato alternatiuo, in cuius aliqua parte adiicitur quantitas,est aliquid speciale,vel verba directa fuisse ad hæredem, vel electionem ei expresse concessam est præsupponendum, quia de eo principaliter non agitur, sicut etiam in specie *d.l.cum res in §.sed si Stichus,*in quo dicendũ est electionẽ altero ex his modis datã hæredi, vel expresse vel tacite dirigẽdo ad eũ verba legati.

Item placere non potest, id quod *Imol. ibi* respondet, vt licet regulariter sit electio legatarij in legato alternatiuo, tamen id verum non sit, vbi altera res ex legatis esset in longinquo, quia si esset electio legatarij eligẽdo rem, quæ est in longinquo, posset grauare hæredem sumptibus & laboribus in re persequenda. hic enim intellectus falsus est, quia si seruus post testamentum ibi ante mortem testatoris fugit, impensis legatarij reducendus est, vt *supra isto tit.in l.si quis seruum in princip.* si vero post mortem fugit, & culpa hæredis,non fieret ei iniuria,cum id sua culpa contingit. denique nullo casu posset oriri aliquod inconueniens, quod electio esset legatarij. Præterea contra Imol. est fortis ratio,nam ex eo, quod mora fieret legatario adimitur electio hæredi, quæ sibi alias competeret,non ergo ob id electio, quæ alias legatarij foret,ei esset concedenda: item vt bene animaduertit *ibi Angel.de Perigl.*contra Imol. est text.ibi expressus contra eius interpretationem in versi.qua ratione;vbi mortui vel absentis æstimatio eligi potest, & tamen isto modo nullum damnum perquisitionis, vel sumptuũ posset euenire hæredi, & si eligeret legatarius, & tamen adhuc in ea specie hæredi electio cõceditur,item quando ambo serui sunt in fuga, idem statuitur. verum est igitur ibi prospici legatario, ne ex electione cõcessa hæredi expressè, vel tacitè à testatore sibi fiat præiudicium, non autem conceditur hæredi electio à lege, ne ei damnum inferat legatarius contra Imol.

*Angel.*verò *de Perigl.* ex illo textu aliam constituit regulam, vt electio sit hæredis in legato alternatiuo, vbi ex electione nullã est facturus moram legatario. quod si *Angel.* hoc accipit,in vniuersum nihil potest dici stultius, cũ rarum esset quin electio esset hæredis,& regulæ quas leges & doctores ponunt,essent per contrariũ concipiendæ, vt electio regulariter hæredis foret.existimo ergo Angelum strictius hoc accepisse,vt in legato alternatiuo, in cuius altera parte est aliquod impedimentum, quominus præsenti die solui non possit, electio sit hæredis, si nullam sit facturus moram legatario, & hac ratione in eum transferatur electio, sed adhuc hæc regula falsa est, quia quare electio ob hoc sit adimenda legatario, cùm possit & ipse rem præsentem eligere?

Item quid satagimus ne eligat rem absentẽ, nũquid si male ille eligat,debemus nos curare? imputet enim si sibiipsi morã iniiciat,non enim in his, qui suorum bonorum habent administrationem solent leges curare, male vel bene

eligant, neque quid melius sit, sed quid elegerit homo liber sit obseruandum, cùm variæ sint hominum voluntates quæ cogi non debent, sed liberæ relinqui, vt in *l. quia poterat, infr. ad senat. consult. Trebellia.* nam in his, quæ libere nobis conceduntur, sufficit pro ratione voluntas, vt ibi & in *l. final. supra de vsu & habitation. & in l. vsusfructuarius 1. & 2. supra de vsufructu, & in l. si pignori infra de furt. & in l. si mandato meo in versic. at si nolit creditor supra de mandat.* & ita hæc interpretatio Angel. de Perigl. quod propter vtilitatem legatarij, ei adimatur electio, vera non est, sed verior est intellectus *Dyn. Bal. Paul. Aret. & Alexand.* quod ibi verba directa fuerunt ad hæredem, ideo ei electio competit in legato alternatiuo, vtrum det, licet *Iason ibidem in numer. 27.* dicat istam interpretationem continere diuinationem, tamen necesse est dicere, vel quod hoc modo electio sit concessa, vel expresse, neque hoc diuinationem continet, quia cum ibi nõ agatur de eo principaliter, sed præsupponatur, nõ est diuinare speciem aptam, in qua id contingat, confingere: totum enim ibi hoc deciditur, quod electio hæredi competens sibi adimitur, si legatario facturus moram sit, & quod dicit text. toties enim electio est hæredi committenda, quoties moram non est facturus legatario.] interpretari debet de electione à testatore tacitè vel expresse concessa. nam & alias eripitur electio expresse data hæredi, si legatum inutile redderetur, eligendo rem peremptam, vt *supr. isto titul. in l. statu liberum, in §. 1.* & textus in *dicta l. cum res,* respondet obiectioni, quæ fieri posset. nam inquit legato Sticho, aut Pamphilo, quorum alter sit in fuga præstandum illum, qui præsens est, opponitur, ergo eripis electionem hæredi, cui forte à testatore fuit concessa, respondet text. hoc non obstare, toties enim electio est committenda hæredi, quoties moram non est facturus legatario.

Sed opponitur quod semper sit in electione hæredis soluere rem, vel eius æstimationem, etiam in legato non alternatiuo, vt in *l. cum amplius, in §. cum bonorum, supr. de legat. 1.* Solut. illud speciale est in legato partis bonorum, ne communio omnium rerum inducatur, item opponitur quod sit electio hæredis non legatarij, vt in *l. si domus, in princip. sup. de legat. 1. & in l. legato generaliter, in 2. & 3. responso, & in l. à filio, in §. si quis plures.* Solut. ibi non loquitur text. de legato alternatiuo, sed vbi testator sensit de certo, nec seruus de quo, ideo declaratio incertæ voluntatis ad hæredem pertinet, & ita loqui-
12 tur text. in *l. apud Iulianum, in §. scio, eod. tit.* item illæ aliæ leges de legato generis loquuntur, cuius electio cui committenda sit, non pertinet ad huius l. materiam. nam esset longa disquisitio, & distinctio inter res, quæ habent terminum à natura, & illas quibus terminus imponitur ab homine, vt per doctores *in dict. l. legato generaliter.*

Vltimo adde ex mente Comens. & not. 13
Angel. de Perigl. quod in hac lege non tractatur principaliter de electione, cuius electio sit, sed vtrum possit cadere electio inter fundum & eius vsumfructum, nam videtur sub fundi appellatione & fructum contineri, vt in *l. si alij, infra de vsufructu legat.* Respondetur tamẽ quod cadat, quia non solum non est eadem res, quæ in vtraque parte alternatiuæ ponitur, verum incompatibilia sunt vsusfructus causalis, & formalis, cum res sua nemini seruiat. facit not. *si serui vendit. in l. loci corpus, in 2. respon. & infr. de adimend. legat. in l. 1. & in l. vti frui, supr. si vsusfructus petat.* ideo quia diuersa sunt, imò incompatibilia, copula inter hæc posita, in disiunctam conuertitur, vt in *l. si Titio fundus infra de vsufruct. legat.* Et ita non obstat huic text. *l. si ita relictum, in §. fin. infra isto tit.* vbi alternatiua posita inter totum & partem efficit vt in parte tantum valeat legatum vt lego 10. aut 5. quod verum est etiam in speciebus, nedum in quantitate vt lego domum vel eius medietatem, nam in parte tantum consistet legatum, vt in *l. qui concubinã, in §. cum ita, de legat. 3.* & ita id quod *D. Peralt.* dicit inter totum & partem posse dari affectionem, falsum est omnino, ideo melius postea vult, quod non legetur hic totum & pars, sed quod diuersum, vt expresse dicit Cuman. nam si esset legatum totius & partis, in parte consisteret tantum legatum, etiã in speciebus quando debitoris est electio, quando enim pars est quantitatiua, non differt species à quantitate, vt dicemus infra *in l. Mæuius, in §. duorum,* sed in nostro text. non est legatum totius & partis, vt in *l. recte dicimus, de verbor. significat.* vt diximus ex Cuman. quia licet pars sit vtilitatis, non tamen est pars comprehensa, cum formaliter aliud sit, sicut actus non est pars viæ, nec iter, vt in *dict. l. 1. de adimend. legat.* & in hoc est hic textus valde notandus, denique si quis leget iter aut viam, legatum erit vere alternatiuum, nec solum in itinere consistet. nam non est eiusdem rationis, cum legato decẽ vel quinque quo ad substantiam & formalitatem, vt ita dicam, licet sit quoad vtilitatem, sed lex non solius facti, sed iuris vult habere rationem, cũ vere aliud omnino sit, ideò cadit propriè alternatio.

Item nota quod legatarius fundi, non potest vsumfructum solum vendicare tunc, quia neque partem vtilitatis potest petere, vt *supra eod. l. neminem.* item quia aliud peteret, quam sibi est legatum, sed quando vere pars, & totum legatur, in minimo consistit legatum, si debitoris sit electio, quod l. interpretatur minorem partem electurum debitorem, vt interpretatur *Pomponius in dict. l. si ita relictum, in §. fin.* vbi expresse hoc dicit, ideo idem secutè asserit simpliciter in minori consistere obligationem, in *l. si ita stipulatus fuero decem aut quindecim, infra de verbor. oblig.* & ita debent concordari leges, quæ conseruant electionem debitori, & quæ dicũt in minori consistere obligationem, quia secundum

dum Pomponinm idem est in effectu, si sant hominis consilium adhibeas, secus in creditore, quia facilius inducitur remissio vt hic, licet hic tex. non loquatur in summis, tamen in eis etiam intelligit *Bar. in l. si duo rei, in fin. infra de verbor. obligat.* sed vide quæ diximus in dicto §. final.

SVMMARIVM
ex l. Cum quidam.

1. *In hac l. ponuntur nouem vel decem dicta.*
2. *Vtrum eligi possit indignus data electione per liberam voluntatem.*
3. *Intellectus l. creditor, in §. Lucius supra, de mandat.*
4. *Reprobatur interpretatio Alexandri.*
5. *Hic tex. loquitur de indignitate morum, non de indignitate ciuili.*
6. *Immerentem potest pater meliorare sine peccato.*
7. *Vtrum testatorem infensus hæres eligere possit.*
8. *Intellect. l. Lucius Titius in §. Lucius Titius Damam, infra eod.*
9. *Reprobatur intellectus Paul. de Castro.*
10. *Qui eligi possunt, succeduns cessante hærede, & per contrarium.*
11. *Reprobatur opinio Bald. & iterum de dicto §. Lucius Titius.*
12. *Vtrum hæres, qui potest eligere, quos velit, vnum possit eligere.*
13. *Maioratus iure communi non fuerunt cogniti.*
14. *Intellectus l. cum pater in §. rogo, infra isto tit.*
15. *Intellect. l. testamento Centurio de manumiss. testa.*
16. *Eligendo indignum vtrum quis priuetur iure eligendi.*
17. *Vtrum mala electio præsumatur scienter facta vel ignoranter.*
18. *Ex mora hæredis vtrum legatum purum efficiatur, & an possit purgari mora.*
19. *Tria tempora sunt consideranda circa hæredis potestatem in eligendo.*
20. *Vtrum mora purgari possit.*
21. *Vtrum data electione simpliciter filios, vel consanguineos proprios eligere possit.*
22. *Vtrum seipsum eligere possit si sit pauper.*
23. *An sibi retinere possit rem alienam si sit pauper & ignoretur dominus.*
24. *Quando ob necessitatem fiant bona communia.*
25. *Quando possit quis facere per alium, quod non potest per seipsum.*
26. *Poterit hæres ei dare, qui eligere seipsum non poterat dimisso officio.*
27. *Qualiter id non fit contra defuncti voluntatem.*
28. *Quando tempus legati inspiciatur, & qualitas legatarij consideretur.*
29. *Intellectus l. si alienum, in §. in extremis.*
30. *Intellectus l. si cognatis.*
31. *De purgatione moræ.*
32. *Intellectus reprehensionis Scæuolæ.*
33. *Petitio vnius, an omnibus prosit.*
34. *Ex prima mora hæredis purgabili non quæretur dominium.*
35. *Dominium non est ambulatorium.*
36. *Legatum cui hæres voluerit simpliciter & generaliter non valet.*
37. *Interpretatio si mandauero tibi, in § si tibi centum & supra 22. & 23.*

V*lpianus*, Cum quidam ita fideicommissum reliquisset, rogo restituas libertis meis, quibus voles. Marcellus putabat posse hæredem & indignum præferre, at si ita quos dignos putaueris, præterea posse ait eos, qui non offenderint. idem ait si neminem eligat, omnes ad petitionem fidei commissi admitti videri, quasi iam præsenti die datum cum sit relinquitur, quibus voles, nec vlli offerat, plane si cæteri defuncti sunt, superstiti dandum, vel hæredi eius, si priusquam peteret decessit. Scæuola autem notat, si omnes petere potuerunt, cum nulli offertur: cur non & qui decesserunt ad hæredem transmiserunt? vtique si vno petente iam eligere non potest cui det? videtur enim Marcellus cum fideicommissum ita relinquitur ex libertis, cui volueris arbitrari, nisi offerat cui hæres velit: & statim offerat sine aliquo scilicet interuallo, statim competere omnibus petitionem, cum igitur omnibus competat, meritò notatus est, cur superstiti soli putet dandum nisi forte antequam iustum tempus prætereat, quo potuit eligere cui potius offerat, cæteri decessetint.

Marcellus, Si tamen quibusdam absentibus, præsentes petent, cum præsenti die relictum sit fideicommissum, causa cognita statuendum est, explorandumque an & alij sint petituri.]

In his duabus legibus disputatur quæstio de fideicommisso relicto vni ex libertis, quem hæres elegerit, in quibus quatuor principaliter versantur, primum quis ab hærede eligi possit: secundo hærede non eligente quis admittatur, & an mortuorum sit habenda ratio: tertio quãdo dicatur hæres non elegisse: quarto vtrum absentium libertorum ratio sit habenda: denique tractatur de electione data hæredi inter certas personas quam debeat eligere, & quando, & eo in mora eligendi constituto, quis ad fideicommissum veniat, & admittatur, & an mortui & absentes. & ponuntur quatuor dicta Marcelli, quorum vltimum reprehenditur per Scæuolam, cuius reprehensionem comprobat *Vlpianus*, sed vltimo loco Marcellum excusat, & in l. sequenti ponitur quædam declaratio, & sic ponũtur nouem, vel decem dicta. Primum quod electione data hæredi per verbum liberę voluntatis, potest hæres eligere indignum. Secundum, quod si per verbum denotans arbitrium boni viri detur electio, non potest indignus eligi. Tertium quod non eligente hærede, vel male eligente omnes admittuntur, etiam indigni ex quo infertur Quartum quod illi omnes admittuntur hærede non eligente, qui eligi ab hærede poterant. Quintum dictum est quod hærede constituto in mora qui viuunt ex libertis admittuntur, non autem hæredes mortuorum, in quo *Scæuola* reprehendit Marcellum, quia si iam hærede constituto in mora decesserunt, ad hęredes fideicommissum transmissum est, sed in fine saluatur Marcellus. Sextum dictum est, quando decesserunt nondum in mora constituto hærede. Septimum est quando hæres dicatur esse in mora. Octauum quod hæres sine procrastinatione eligere debet, alioquin omnes admittuntur. Nonum in

 l. sequen-

l. sequenti ponitur dictum, quod illi fideicommissum obtinebunt, qui præsentes fuerint, & petierint. Decimum, quod causæ cognitio sit adhibenda, & explorandum vtrum absentes expectandi sint. de his omnibus videamus, sed non erit opus omnino hunc ordinem seruare, quia multa incidenter venient, & in consequentiam deciduntur.

Ad primum igitur quod data electione, per verbum liberę voluntatis possit eligi indignus, opponitur primo generaliter, quod electio libera hęredi relinqui non potest. nam in volun-
2 tatem hæredis fideicommissum, vel legatum relinqui non potest, vt in *l. senatus, in §. legatum, de legat.* 1. non quod captatorium sit, vt diximus contra nostros doctores, in libro 2. harum interpretationum in capite 4. sed quia voluntate sua non alterius dispositio vltima constare debet, vide quæ diximus infra in fine legis. Sol. Secundum glo. colligitur ex text. in *l. vtrum, §. cum quidam, infra de reb. dub.* neque enim in arbitrio eius, qui rogatus est, positum est an omnino velit restituere, sed cui potius restituat.] facit *supra isto tit. l. si Titio aut Seio*, diximus late supra eodem in *l. 1.*

Secundo opponitur quod licet eligere possit, non tamen indignum vel immerentem, vt in dicto sequeri. Sol. ibi non in liberam voluntatem hæredis fidei commissum est relictum, sicut in hoc primo dicto. Sed opponitur quod etiam vbi in liberam voluntatem relinquitur, debeat facere vt bonus vir. vt in *l. creditor, in §.*
3 *Lucius, supra manda.* Sol. secundum Bar. verum est quod opus est, vt dolo malo non faciat, sed hęc sol. Bar. & intentio non satis conueniunt, nec difficultatem satis explicant. quomodo enim dolo facere dicetur, quando iure tibi concesso vtitur, vt est in regula iuris? item quomodo dicetur non dolo facere, & quando, eligendo immerentē, vel indignum? Contraria hæc sunt, & sine ratione, licet *Dominus Petrus Peralta* hæc sequatur, & extendat *in num. 2. & 3.* quia si est defectus potestatis, ignorantia nihil proficeret, vt admittatur ille, qui eligi non potest, licet possit vt electione non priuetur, qui sine culpa elegit indignum, vt infra dicemus, ideo verius puto quod hæc difficultas debet ita explicari, vt regula *illius legis creditor*, intelligatur de facultate commissa generaliter etiam libere, in qua possit contra voluntatem concedentis verbis abuti, at text. noster loquitur in commissione particulari, in qua nihil hæres committere, vel excedere potest, quod verbis testatoris nō cō-
4 prehendatur, nec placet sol. *Alex. in l. 2. in §. voluntate, supra soluto matrimo. in 2. col.* dicentis illū tex. procedere ne fiat præiudicium in iure quęsito, hic vero in quærendo: quia quoad hoc, vt fiat præiudicium alteri, fere eiusdem rationis sunt, ius in re, & ius in rem, vt diximus latius in istis selectis interpretationib. in lib. 1. in cap. 8. in numero 18. item quia respectu voluntatis defuncti, cuius res est, & de eius præiudicio in voluntatis mutatione agitur, non potest hoc ius ad rem considerari, ideo insipidus & sine colore est iste modus interpretandi, quem ponit *Alexander*, neque explicat difficultatem, maxime quia vt infra statim ostendam, hic non fit contra voluntatem defuncti, sed secundum eam, qui non curauit de liberti indignitate, cum non sit talis, quæ inimicitiam constituat, vide infra numero 7. in versiculo Sed quæro.

Item opponitur, quod indignus eligi ab hærede non possit, quia neque hoc poterit testator, vt in *l. in metallum, infra de his quæ pro non scriptis habentur, & supra isto titul. in l. si Titio. & ei, qui capere non potest, & in l. 1. C. de naturali. libe.* alioquin posset testator per alium, quod non posset facere per se ipsum contra iuris regulam.
Sol. hic non loquimur de indignitate, quæ reddat legatarium incapacem, sed de indignitate 5
motum, quod homo frugi non esset, sed ganeo, helluo, nepos vel meretrix, quibus indignū videtur aliquid relinquere, vel si esset aliquatenus infestus testatori, vt infra dicemus, Si enim esset omnino incapax, vt damnatus in metallum, vel filius adulterinus, vel incestuosus testatoris, eligi non possit, de quo forsan dicemus *infra isto tit. in l. vnum ex familia in §. 1.* quia neque in libera facultate, & plena venit facultas delinquendi, vt in *l. si procurator, supra de condictio. indebit. & in l. 1. in §. si procurator, supra si quis ius dicen. non obtemperauerit.* incapaci autem legare delictum est, vt *in l. 1. C. de naturali liber. & in l. 1. infra de iure fisci.* Denique indignus eligi potest, si talis sit, cui sine crimine dari potest, licet non sine liberalitatis abusu, quia potestas libera hoc comprehendit, sicut de re propria dicimus. quia licet sint personæ infames, quibus datur, siue infamia sit iuris siue facti, non tamen infamia sola efficit, neque mali mores, vt capere non possit, ideo meretrix capax est legari, & cuiuslibet contractus, imo & excommunicatus capax est legari, & cuiuslibet contractus, etiam si peccet communicans cum eo, in eius vtilitatem: nam & matrimonium ab eo contractum valet, licet peccet, vt late per *R. Episcopum Segobiensem in 4. decretal. num. 2. parte in c. 6. num. 3.*

Ideo cum per leges regni libera facultas parentibus concedatur meliorandi aliquem ex 6
liberis, poterunt etiam immerentem hoc beneficio afficere, nulla querela grato libero, & merenti concessa, neque peccabit testator hoc efficiens ex electione immerentis, contra *Palacium Rubios, in repetitione C. per vestras de donationibus inter vir. & vxorem, in tertio notabil. in §. 26.* qui male contendit patrem peccare, qui non merenti filio prælegat, & quæ ipse allegat, in electione, quæ ad officia publica sit loquuntur, neque in distributione proprij patrimonij, in quo est libera à lege concessa potestas, vt in *l. si remandata. C. mandat.* procedunt. & ita optime contra Palac. tenet *Reuerendiss. Episcop. Segobiensis, in regula peccatum, in 2. parte in §. 7. in num. 7.* quem

quem hic refert *D. Antonius in numero* 20. ideo legando, vel donando immerenti non peccat quis mortaliter, licet bene eligendo meritum boni operis non amittat, quæ omnia intellige nisi ex lege charitatis vel alias egenis extrema patientibus obligetur, sed tunc non peccat immerenti concedendo, sed pauperi denegando, si is pauper sit cui ex l. charitatis, ob eius maximam necessitatem tenetur, de quo latius diximus in nostro libello de redditibus ecclesiasticis in vltima parte, & ita potius quia pauperibus subtrahit, quam quia immereri concedit, peccat, quæ omnia in melioratione tertij cessant, cum necessum sit liberis hæc relinquere, ideo pauperibus concedere non potest.

7 Sed quæro vtrum omnino infensum testatori eligere hæres possit, & videtur non posse, quia etiam si expressè testator id dedisset, offensione amitteret, vt in *l. ex parte, infra de adimend. legat.* & videtur expressum *infra isto tit. in l. Lucius, in §. Lucius Titius Damam*, quæ videtur esse contra istam legem, nam ibi ponuntur verba adeo vniuersalia vt nihil dici plenius possit vel expressius, & tamen infensi testatori non comprehenduntur. inquit enim, Lucius Titius, Damam & Pamphilum, libertos suos ante biennium mortis suæ de domo dimisit, & cibaria, quæ dabat, præstare desiit, mox facto testamento ita legauit, Quisquis mihi hæres erit, omnibus libertis meis, quos hoc testamento manumisi, & quos ante habui, quosque vt manumittantur petij, alimentorum nomine, in menses singulos certam pecuniam dato. Quæsitum est, an Damæ aut Pamphilo fideicommissum debeatur. Respondi, secundum ea quæ proponerentur, ita deberi, si hi, qui peterent manifestè docerent eo animo circa se patronum, cum testamentum faceret, esse cœpisse, vt his quoque legatum dari vellet, alioquin nihil ipsis præstetur.]

Ego puto quod talem eligere hæres non possit, & si per verbum voluntatis electio data sit, licet *Dominus Antonius de Padilla in numero* 14. contrarium velit, & *Dominus Ludouicus de Molina*, etiam supremi Consilij Regij meritissimus Senator, *in libro secundo de primogenijs Hispanor. c. 5. in num. 6. 7. & 8.*

Neque distinctionem Baldi admittendam puto, præcesserit inimicitia testamentum vel sequatur, quia hæc distinctio est contra text.
8 expressum in *d. §. Lucius*, licet *Paulus de Castro* male istam distinctionem sequatur, quem in inimicitia non capitali reprehendit *idem Dominus Ludouic. Molina. vbi supra in num. 9.* eum sequitur, sed limitat in capitali *in nu. 10.* sed indi-
9 stincta falsa est opinio Pauli de Castro, & sequuntur eum per *dictum §. Lucius*. non obstat text. noster. nam intelligi debet de indignitate, quæ inimicitiam testatoris non respiciat, quod est notandum, & ita respondere potes ad difficultatem supra tactam *d. l. creditor, in §. Lucius, supra de mandat.* non obstat vis verbi Volueris, quia velle poterit, quicquid iure prohibitum non est, vt in *dicta l. si procurator*, vel voluntati testatoris non aduersatur, vt in *dicto §. Lucius Titius Damam*, quod est notandum, & facit optimum simile ex text. in *l. qui hominem, supra de mandat.* vbi hoc videtur probari, neque ex verborum plenitudine videtur remissa offensa, sicut neque ex amplitudine legati *in dicta l. Lucius*, comprehenditur inimicus, nec remissio inimicitiæ inducitur, quo fit, vt hærede non eligente talis non admittatur: ex quo ostenditur, neque eos hæredem eligere posse. nam hęc conuertuntur, hi enim succedunt, qui eligi possunt, & hi qui sine electione succedunt, eligi tantum poterunt. & facit text. in *l. cum pater, in §. rogo, infra isto titulo, & in §. à filia,* 10
ponitur expresse hæc regula. inquit enim text. Nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter cæteros habiturus est, remota matris electione,] & ita opinio Baldi falsa est, contra quem tenet rectè *Cumanus*, licet non 11
ita examinet, neque placet id, quod *Cumanus in dicto §. Lucius*, voluit ibi legatum illum subrogatum esse loco alimentorum, quæ dabat in vita, quia etiam si aliquibus non daretur, sine offensione, tamen hi in legato ex verborum vi comprehenderentur, quod nullus negate potest, & ita opinio Bal. falsa est.

Sed pro Bal. videtur text. hic expressus, in quo, quando ponuntur verba arbitrio boni viri, infensum testatori eligere non potest: ergo vbi ponuntur verba liberæ voluntatis, vt distinctio text. vera sit, potest in priori parte, quos offenderit eligere. ergo puto dici posse de offensione leui intelligi debere, vel quod offenderint morum ignominia, potius quam contumacia in testatorem, vt quia ebrius, ganeo vel helluo esset. Posset etiam intelligi de his, qui testatorem offenderint, si testator eis indulsit, vt hi in priori parte eligi possint, quando libero verbo electionem concessit, non quando eos, quos dignos putauerit hæres, vocauit, quia indulgentia abstulit pœnam, non indignitatem, maximè si sæpe offenderat, indulgentia enim quos liberat notat,] inquit text. in *l. indulgentia C. de generali abolitio*, quæ omnia maximè nota, quia non explicant doctores, & ex his dubia mihi, seu potius falsa videtur opinio *Bal. in l. id quod pauperibus, in col. 8. in versi. 22. quæritur, C. de Episcop. & cleric.* licet eum sequatur *Gregorius Lopez in l. 32. tit. 9. in col. 7. 6 partit.* dicens quod si testator decessit confessus, hæres poterit eligere etiam inimicum testatoris, quia videtur sibi remissa iniuria, quod falsum est, vt possit ad bona testatoris admitti, sine eius expressa voluntate.

Vtrum ergo indignus eligi possit, distingue, aut loquimur de indignitate, quæ incapacitates efficiat, & numquam eligi potest indignus, aut de alia indignitate, quæ non facit incapacitatem, aut est talis quæ inducit inimicitiam cum testatore, & eligi non potest, aut de

ea,

ea, quæ non inducit inimicitiam, & tunc aut datur libera potestas hæredi, aut regulara ratione, priori casu eligere indignum, vel immerentem potest, & non facta electione talis cum alijs admittetur, aut per verba recti iudicij, & neque eligi potest, neque non facta electione admittetur, & ea quæ diximus de electione concessa, dicemus de legato per verba generalia relicto, vt dictus §. Lucius Titius Damnum, & ex his explicantur satis priora duo dicta istius legis.

12 Item opponitur, apertissimè vult text. posse hæredem vnum etiam solum eligere, ibi, Posse etiam indignum præferre,] & ibi Neminem elegerit,] & ibi, Nec vlli offerat,] & ibi, Cum nulli offertur,] & tamen verba fideicommissi in plurali fuerunt concepta, Rogo restituas libertis meis quibus voles,] & ibi, Iis quos dignos putaueris.] Ergo non est satisfactum vnum tantum eligendo, & ita cæteris fideicommissi petitio supeesset, & tamen expresse text. innuit quod sufficit vnum eligere, nam licet verba priora tex. ibi, Indignum præferre,] possint euadi, referendo singulos indignorum ad singulos ex dignis indignum eligendo, cum alio digno vel alio indigno, maxime quia quæstio non proponitur circa numerum eligendorum, sed circa eorum qualitates, tamen alia verba text. quæ supra retulimus, non recipiunt aliam interpretationem, quam vt vnus solus eligi possit: ideo dicendum omnino est electionem commissam vt det quibus volet, posse & vnum solum eligere, & alij excludentur. sicut per contrarium, vt eligat vnum quem velit, poterit plures eligere, vt in l. vnum ex familia in princip. iuncto §. si duos, infr. isto tit. quia qui electionem commisit, videtur, & in numero personarum etiam concessisse arbitrium ne concessio libera fere adempta videatur, si forte pauci essent liberti, vide quæ diximus in dicta l. vnum ex familia.

Not. ergo ex isto text. quod nihil interest in plurali vel singulari verba concipiantur. nam semel ponit text. exemplum in plurali, postea in singulari, in versi. videtur enim, ibi, Ex libertis cui voles.] quod nota, ideo si relinquatur pecunia pro maritandis puellis, poterit vni soli conferri, nisi quantitas sit talis, quæ plurium dotibus sufficeret, quia tunc ratione finis videtur restricta potestas, & secundum finem interpretanda. argument. infra isto tit. in l. quidam in testamento, arbitriom boni viri in hoc versabitur, pauperum qualitate inspecta vni, vel pluribus sit pecunia distribuenda. nam cum pauperibus relinquitur etiam si dicatur quibus volueris, non tollitur qualitas paupertatis, quæ arbitrio boni viri est accipienda. quæ nota, quia non ita explicant doctores, neque recentiores aliquid quod ab alijs sæpissime dictum non sit adducunt, & nota quod non esset idem, si duos vel tres expresse eligere iuberet, quia non posset tunc vni conferre, quia esset euidenter voluntatem testatoris non obseruare.

Sed quid si duos eligere iussus tres eligeret, an valeret electio, an vero omnes sint admittendi, ego puto electionem valere, quia illi tres æquale ius habent, neque vnus alium excludere potest, cum non sit aliquis eorum potior, sed similis eorum conditio; illorum vero qui electi non sunt longe est deterior, cum nullo modo voluntatem habeant nec testatoris, neque hæredis non testatoris, qui concurrere hæredis voluntatem voluit. Quæ omnia intellige nisi testator respexisset maioratus institutionem vel fideicommissum perpetuum; tunc enim si testator in singulari loquutus fuerit, vnum tantum eligere potest hæres, nam finis vt diximus imponit regulam dispositioni, vt in dicta l. quidam in testamento, neque obstat dicta l. vnum ex familia, quia vt ibi dicemus, & alibi diximus, maioratus non fuerunt cogniti iure isto, neque in Italia vt plurimum agnoscuntur, vt dicemus, sed fidei commissa tantum fiunt in familia, quæ diuisionem recipiunt pro numero personarum de familia; at maioratus nostri diuisionem non recipiunt, & ita leges de iure communi ad maioratus in hac parte, scilicet quo ad rei indiuisionem, vt ita dicam, non possunt applicari, in alijs autem recte applicantur vt diximus in istis selectis interpretationibus in libro 3. in cap. 4. circa fin. 13

Veniamus ad aliud Marcelli dictum, in quo vult quod electione commissa ex his, quos dignos hæres existimauerit, omnes illi eligi possunt, qui non offenderint quod digni habeantur, qui indigni non ostenduntur, vt in l. seruos, infra de manumiss. testament. facit text. in cap. 1. de scrutin. in ordin. faciend. & c. si. extrau. de præsumptionib. & ita non est opus eligere digniorem, neque vt teneat electio, neque vt non peccet, vt supra diximus, licet in his quæ pertinent ad officia publica & dignitates, & beneficia, quamuis sufficiat vt non sit indignus, vt electio teneat, vt in cap. vni. vt ecclesiast. benef. & in cap. constitutis, extrau. de appellationibus, opus tamen est vt sit dignior vt non peccetur, vt diximus in libello de reddit. ecclesiast. circa fin. & refert hic D. Anthon. in numer. 18. & 19. & vide D. Petrum Peralt. in num. 18.

14 Neque aduersatur his text. in l. cum pater in §. rogo infra isto tit. quia potius concordare videtur. inquit enim Papinianus, Rogo filia, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, vt quisquis de te meruerit, videtur omnibus liberis, etsi non æqualiter promeruerint, fideicommissum relictum, quibus, matris electione cessante, sufficit si non offenderint, eos autem, quos mater elegerit, fore potiores, si soli promeruissent, existimaui, quod si neminem elegerit, eos solos admitti, qui non offenderunt.] Nam in illo text. aperte probatur quod sufficit, non offendisse, ergo idem probatur quod

quod in *dicta l. seruos.* nam & hi eligi possunt, qui non facta electione admittuntur, verum est quod illi, qui promeruerunt, ab hærede præferri possunt, neque omitti possunt, quia illa verba fideicommissi hoc exigunt, quæ fuerunt aliter, quam hic concepta, præferri inquam possunt, quia minueretur legatum vel fideicommissum eorum, qui meruerunt si hoc non possit hæres efficere, ideo ibi non minueretur vtilitas legati, etsi illi qui non meruerunt, si tamen non offenderint, admitterentur, neque posset hæres eos prætermittere, & ita intelligi debet text. in *l. testamento Centurio. infra de manumiss. testament.* vbi idẽ *Papinianus* inquit, Testamẽto Centurio seruos suos venire prohibuit, ac perijt prout quisque meruisset, eos manumitti, libertates vtiliter datas respondi, cum si nemo seruorum offenderit, omnes ad libertatem peruenire possint quibusdam per offensam exclusis, residui in libertatem peruenerunt.] & cessat antinomia, quam insolubilem putauit *D. Petrus Peral. hic in numer.* 16. quia materia est infinita quæ adiectione personarum crescit. vide omnia quæ diximus in simili. in l. 2. supra de liber. & posth.

15 Eligi ergo dignus debet, quando non libera voluntas relinquitur, ideo si indignum eligat, priuatur potestate eligendi, & venient omnes, vt in *dicto* §. *rogo.* ad hoc facit *extrau. de electio. in c. cum in cunctis in* §. *fin.*

Sed opponitur, quod non priuetur potestate eligendi, vt *in l. 2. in* §. 1. *& in l. si tibi, in* §. *vnus, cum ibi not. infra de option. legat.* Sol. ex mente *Bartol. in dicta l. 2.* distinguendum est, aut eligit scienter indignum, & priuatur potestate eligendi, aut ignoranter, & iterum eligere potest. facit *dict. c. cum in cunctis,* quod vltimum non procedet, si adueniente scientia nullam electionem non reuocauerit, ex his quæ dicemus in *l. fin. in* §. *fin. infra isto tit.*

16 Sed ego puto quod in specie dictæ l. 2. etiam si scienter male eligeret, ita quod electio effectum habere non possit, non priuatur iure eligendi, quia text. indistincte dicit iterum posse eligere, licet in specie istius nostræ legis priuetur iure eligendi, sed male eligendo est in mora, quia vt potuit male eligere, potuit & bene; quinimo maior culpa est in male eligendo, quam esse in mora non eligendo, cum hoc sit peccatum in omittendo, illud in committendo vt statim dicetur, sed in dicta l. 2. non amittitur ius eligendi ex mora, vel ius optandi, neque etiam puto quod consumatur ex mala electione, nisi tempus electioni esset impositum, vt in *l. statu liberum, in* §. *Stichum, supra isto tit.* & ad hæc facit text. *in l. mancipiorum eodem tit.* & longe interest detur electio rerum, vel personarum, cum in personis ex mora est, cui ius eligendi quæratur, vel ex mala electione, & ita distinctio *Bar. in dicta l. 2.* est bona quoad istam l. non quoad illam. minor enim culpa est in electione rerum, quam personarum. argum. *supra isto tit. in l. si quis seruum, in* §. *si inter duos, & in l. duo sunt Titij de testament. tutel.* iuncta *l. à filio in* §. *si quis plures de legat.* 1. quod est notandum.

17 Quòd si velis opin[...]nem Bart. approbare, intellige quãdo ius eligendi, vel optandi datur hæredi vel legatario, quando vero datur tertio, qui non potest arctari, neque eius aliquid interest in eligendo, semper potest re integra moram purgare, ex his quæ diximus supra in l. 1. & ita intellige *dictam l. statu liberum,* & text. in *l. 1. in* §. *item si ita ad leg. falcidiam.*

An autem cum ex mala electione scienter facta amittitur ius eligendi, præsumatur scienter, vel ignoranter peccatum, & Bar. & alij quos *hic D. Petrus Peralta in numero* 3. refert, volunt præsumi scienter fecisse, quod verum puto, nulla distinctione admissa iuris canonici, & ciuilis, licet *Dom. Petrus.* dicat istam opinionem potius Scythicam, Draconicam, aut Manlianam esse, quam iuri Romano, & decretis sanctorum consonam, cum tamen nihil verius constitui possit, cum ex regula iuris hoc probetur, in *l. qui cum alio contrahit, infra de regul. iur. & in c. cum inhibitio in* §. *si quis extrau. de clandestin. desponsat.* quod fere vidit *ipse D. Petrus,* dum allegat *c. innotuit de electioni.* licet postea male respondeat, nam certissima est prædicta sententia, vt nisi ipse ignorantia ductum se errasse ostendat, potestate eligendi, ex mala electione priuetur. facit text. cum ibi notatis, in *l. 3. C. ad senatusconsultum Macedonian.* licet *D. Ludouicus Molin. in libro 2. de Hispanor. primoge. libro 2. in c. 4. in num.* 40. sequatur dictum D. Petrum.

18 Veniamus ad aliud dictum, & nota ex tex. quod eo ipso, quod hæres non eligit est in mora, & legatum efficitur purum, sed opponitur d. text. in fin. vbi videtur esse legatum conditionale, & quod non transmittatur. Solut. vẽrum est antequam hæres sit in mora, quia nondum transiuit illud modicum tempus, infra quod hæres eligere tenetur secundum Bart. Item opponitur, quod non fiat purum ex mora, quia donec aliquis ex libertis petat, potest hæres moram purgare, vt in *versi. vtique.* Solut. illud tempus infra quod hæres potest moram purgare non efficit, vt legatum purum non sit, licet purgatione secuta resolui videatur, ad quod facit optimus text. in *l. sancimus C. de fideiussorib.* quem allegat *Raphael Cuma.* ex quo non ineleganter dicetur, quod sicut, qui discessit post moram hæredis etiam infra tempus quo mora purgari potest, transmittit legatum, ita purgata mora per hæredem eligi potest, qui cessante electione succedere potest, & per contrarium, sed opponitur ex fine huius legis, vbi text. vult quod mortui eligi non possint. Solut. verum est nisi postquam fideicommissum fuit ex mora effectum purum, & transmissibile.

19 Ex his tria tempora sunt consideranda, primum est ante moram hæredis, & in hoc

tempore

tempore nullus transmittere potest, quia conditionale est legatum, vt *supra isto tit. in l.1.* & incertum est, cui debendum sit, quod verum esset, nisi vnus tantum remaneret libertus, quia tunc, cum ad vnum redacti sunt, cessat electio, vt *in l. si optio lega.*

Secundum tempus est post moram hæredis. quæ contrahi potest dupliciter, vel ex facto, quia male elegit, & hæc inexpiabilis est, & omnes, qui eligi potuerunt, venient, quasi omnes vocati essent, vel ex non facto, & tunc statim purum, & transmissibile est legatum, etiam si resolui ex moræ purgatione possit, licet *Marcellus* male existimauerit, non transmitti legatum, sed superstiti tantum dandum, si aliquis superstes sit, quod reprobat *Scæuola*, vt cum hæredibus defunctorum post moram hæredis superstites admittantur, nisi moram purgauerit hæres: tunc enim electione facta eorum ius, qui electi non sunt, resoluitur, sed hoc non impedit transmissionem electione non sequuta, & aperit ius, vt defunctus eligi possit per supradicta, ex *l. sancimus C. de fidei instrum.* quæ est singularis, sed quomodo possit mora purgari post ius quæsitum, infra dicetur.

Tertium tempus est post moram hæredis secuta petitione, vel contestatione. tunc omnibus qui eligi poterant, perpetuo est ius quæsitum contra hæredem, ita quod iam non pertineat ad eum electio, nec se possit intromittere, is autem qui solus petit omnibus ius acquirit, nisi alij negligentes sint: tunc enim ius illis præripit, nisi iustam excusationem habeant, vt negligentes dici non possint, vt in l. sequenti. faciunt quæ diximus in *l. si Titio, aut Seio, supra isto tit.* vide *l. cum vnus, cum sua materia infra de bonis auth. iudi. possidend.* licet non sit omnino per omnia similis.

20 Sed opponitur quod mora purgari non potest, quia cum per legem fit executio, mora purgari non potest, vt in *l. si is cui, supra isto tit.* maxime vbi dominium est quæsitum, quod non est ambulatorium, vt in *l. serui electione supra de legat. 1.* & optime in *l. apud Aufidium, infra de optio. legat. in fin.* vbi est expressum, & facit *eodem tit. in l. mancipiorum*, ideo non potest dari dominium in alternatiuis, quia non est ambulatorium, vt diximus *supra isto tit. Bart. hic* respondet, quod non fiat executio in dominio, sed in actione personali, ideo licet moram purgare etiam executione facta per legem, quod autem hic dominium per cessationem translatum non sit, doctores varie contendunt probare, vt patet ex *Angel. de Perigl. hic col. 3.* sed hoc non dissoluit difficultatem, nam & regula *dicta l. apud Aufidium*, in electione etiam rei alienæ locum habet secundum doctores, in *dicta l. serui electione.*

Sed ego puto quod vbi ex non facto fit executio, hoc non impediat moræ purgationem. facit glo. *in l. 2. supra ad senatusconsultum Silanian.* & text. in *l. 1. & 2. C. si aduersus delict.* ideo quando ex facto hæredis male eligentis esset mora contractata, numquam expiabilis foret, vt supra diximus, & ita respondetur ad tex. in *dicta l. si is cui*, quia ibi factum interuenit, licet aliter ille tex. sit intelligendus, quam vulgo accipiatur, vt ibi diximus, & vide quæ diximus in lib. 3. istarum interpretation. in c. quinto circa interpretationem *l. magnam C. de contrah. stipulatio.* quæ procedunt, vt vitetur pœna, non vt lucrum acquiratur, & ita non erunt contraria quæ ibi diximus his, quæ supra dicta sunt, vbi dies est impositus electioni: denique verum est dominium hic in primo tempore mortis non esse translatum, vt in fi. ostendemus, donec mora inexpiabilis sit effecta, sed personalis actio, sic vt text. dicit ibi. Omnes petere potuerunt.] & ibi, statim competere omnibus petitionem.] sine actione enim liberti petere non possent.

Sed cum de personarum electione agamus, 21
electione data generaliter, vt cui velit quis ex pauperibus distribuat, vtrum filios, vel consanguineos suos, vel amicos posit quis eligere, vtrum suos familiares, vtrum se ipsum. *Bart.* ponit quæstionem in electione pauperum data fratrum custodi, vtrum suos fratres, vt pauperes eligere posit, vide per eum de amicis, & consanguineis non dubito eligere posse, imo melius facit eos eligendo, si habent requisitas à testatore qualitates, vt in *c. 1. de coha. clerico. & mulier. per Abba. & docto.* vide *Ripam in tract. de peste remed. præseruatiu. contra pest. in 2. par. in numero 164.* & vide *Petrum Paul. Paris. cons. 83. in col. fi. vol. 2.* & vide text. in *authent. quibuscumque C. de sacrosanct. eccles.* quæ vi-
detur contra, sed loquitur in casu speciali, se 22
ipsum autem numquam eligere poterit, etiam si pauper sit, & ita habeat qualitates à testatore requisitas, vt est expressum in *l. si mandauero tibi, in §. si tibi centum, supra de mandat.* nam ibi non deficiebat qualitas cum nulla esset requisita, sed cui voluisset, dare potuerit, & tamen ipse accipere non potest, licet male *Bart. Socinus in consilio 11. in numero 6. & 7. vol. 1.* contrarium velit, quem hic sequitur *D. Antonius in numero 22.* nam distributio, vel electio ad alium debet esse, vt in *c. fi. extrau. de institutio & c. per vestras extrau. de iure patrona.* text. in *l. fi. supra de officio prator. & in l. 5. supra de offic. præsi. l. pe. supra de arbitr.* & vide glo. *in c. tempore 26. q. 7. & in speculo de pœnitent. & remissio. versi. quid si ipse remissor, & in fi. versi. sed numquid Papa & Bologni. de indulgent. in numero 69. Ioan. de Ligni. in tractat. de censur. in §. 23. in numero 5. Ioan. Andr. in cap. 2. de constitut. lib. 6. & Bal. in l. cum ipse, de contrah. emptio. & in l. vni. in §. simili modo in numero 1. C. de lati. liberta. tollen. & in dict. authen. quibuscumque C. de episcop. & cleri.* & vide *Lambert. de iure patronat. fol. 236. in 1. parte 2. lib. 8. quæst. 5. & 6. articul. cum plurib. sequentib.* & vide *Iason. in l. cum filio in 4. notab. supra de legat. 1.* & quæ notat *Bar,*

in

in lege ex facto, in septima columna, in numero 32.
supra de vulgar. & pupill. substitut. ex quibus re-
peries, quod neque potest quis seipsum præ-
sentare, neque instituere, neque absoluere, ne-
que excommunicare, neque sibi indulgentias
concedere: sed si plures essent, qui eligere de-
berent, posset vnus ex electoribus alijs se eli-
gentibus assentiri, vt in *l. plane, supra quod cuius-
que vniuersi, no. & in cap. cum in iure, extrauagant.
de electione.* denique quando solus est, seipsum
eligere non potest, etiam si pauper sit, quia in
hoc quod se elegit, contrauenit voluntati
disponentis. Non obstat illa vulgata regula
qua vtitur *Socin.* quod ordinata charitas inci-
pit à seipso, quia nos loquimur de iustitia,
quæ iustitia debet esse ad alium, vt dicit *Ari-
stoteles 5. Ethicorum.* ideo non potest esse ad se-
ipsum, vt explicat *sanctus Thomas 2.2. quæstion.* 58.
articulo septimo, & nos interpretati sumus in
22 libello de defension. in secunda parte, circa
monitum secundum. licet opinionem Socini
teneat *sanctus Thomas 2.2. quæstion. 32. articulo no-
no, ad tertium, & ibi Caietan.* qui loquuntur con-
tra textum expressum in *dicta lege si mandauero
23 tibi*, quos etiam *dominus M. Nauarrus* sequitur,
sed dict. l. non respondet, vt eam supra in-
duximus. ideo puto quod si quis furatus est
rē alienam, cuius non possit dominus reperiri,
cùm teneatur pauperibus restituere, non po-
terit sibi retinere, etiam si pauper sit per supra-
dicta; poterit tamē eius confessor eidem illam
applicare, non tamen ipse sua authoritate id
facere poterit: nisi in ea paupertate sit, vt res
alienas possit sibi accipere, quod in extrema
necessitate contingit, vt nos latè in eodem li-
bello interpretati sumus in secunda parte cir-
ca quartum monitum, & latius in libello de
redditibus ecclesiasticis in 3. parte in capit. 4.
per totum. & vt intelligantur, quę ibi diximus,
& concordentur, dic, quod in extrema necessi-
24 tate omnia efficiuntur communia ipso iure,
sicut erant antequam dominia distinguerentur:
propria autem fiunt per apprehensionem
pro illa extrema necessitate depellenda; & ita
debes concordare *sanctum Thomam in 2. 2. quæ-
stion. 32. in articulo septimo.* & quæ diximus in d.
cap. 4. in 3. part. de redditibus ecclesiast. & quæ
dicit *idem sanctus Thomas in 2.2. quæst. 66. in art. 7.
in versic. ad secundum.* vt communia fiant ipso iu-
re propter necessitatem, vt erant iure naturæ
ante distinctionem rerum, proprium autem e-
gentis, per eius apprehensionem quod nota.
Denique vt ad opinionem Socini reuertamur,
falsum est, seipsum quem eligere posse, nec sibi
ipsi restituere, etiam si egeat, nisi media perso-
na fiat, vt si confessor ita statuat, alioquin sem-
per pauper, nisi ea sibi confessor assignet, rem
restituere tenebitur, cùm ad pinguiorem for-
tunam redierit, si rem non habeat. nam si rem
ipsam habet, non hoc expectandum est, sed
statim restituere tenebitur, vt est expressum in
lege Nesennius, in §. fundum, infra de re iudicat.
Franc. Sarmient.

quem valde nota, & vide text. elegantem in *l.
etiam, in §. 1. versic. filius, supra solut. matrim.* Sed
poterit hoc euitare, iudicio adhibito confesso-
ris, vt diximus, quod & æquitatem habet. nam
etsi cuilibet hoc suo arbitrio permitteretur,
cùm de iure sibi quis suspectus habeatur, vt in
tit. C. ne quis in sua causa ius sibi dic. non sine peri-
culo id posset admitti, quod in tertio cessat;
neque iuris regulæ vitiantur in hoc, quæ ex ne-
cessitate naturæ sunt inductæ, vt statim osten-
demus; & vide *Bald. in lege id quod pauperibus,
quæstion. 22. C. de Episcop. & cleric. & Cald. cons. 59.
de testament. Ancharran. consil. 84. incipit domina
Apollonia.*

Neque obstat, quod videatur quis facere 25
per alium id, quod non potest facere per sei-
psum, contra iuris regulam, quia ea regula non
procedit vbi est impedimentum naturale nam
pupillus per tutorem agit, & infans per seruū
stipulatur, diximus credo, *supra de liber. & post-
hum. in princip. l. Gallus.* vbi tractauimus de seruo
posthumi alieni quomodo institui possit, cùm
dominus eius non possit, defectus autem hic
naturalis est, cum actio & passio non cadat in
eodem, vt supra diximus in isto titulo, loquen-
do de confusione actionum, in *l. qui duos reos,
& in l. & Proculo in principio.*

Et ita patronus poterit dare facultatem ge-
neralem præsentandi quem velit alicui pro hac
vice, & procurator poterit dominum præsen-
tare secundum *Abbat. in dict. cap. Per tuas*, & po-
terit etiam sine præsentatione consentire, vt
Episcopus sibi conferat, & hoc petere ab Epi-
scopo, si Episcopus velit, poterit etiam in specie
proposita si distributor sit pauper, si est data si-
bi facultas alium substituendi, eligi à substitu-
to, vt diximus, si substituatur simpliciter, nō si
expresse vt eligat substituentem, quia tunc im-
peteretur facultas, vt in *l. qui sic soluit, infra de solu-
tion.* poterit etiam, si hæres sit eius amicus, vel
ille ad quem ius nominandi deferretur repu-
diare munus eligendi, vel nominandi, & tunc
eligi vel nominari poterit ab illo, & pro hoc in-
duci potest elegans text. in quo multa ex su- 26
pradictis probantur in *l. qui filiabus, in §. fin. cum
l. sequent. sup. tit. proxim.* neque obstabit legata-
rium indignum effici legato, si onus iniun-
ctum à testatore repudiet, vt in *l. Nesennius, in §.
fin. sup. de excus. tut. cum l. seq.* & diximus supra in
l. 1. quia hic expresse patet, quod non legauit
propter onus, cum imo sibi non legauerit, imo
onus sit, cum legato incompatibile, vt dixi-
mus, & ita accepit propter paupertatem, vt
quilibet tertius.

Sed oppon. si non fuit intentio testatoris le- 27
gandi, cùm sit incompatibile legatum cum of-
ficio ei iniuncto, ergo non poterit eligi, quia
eligeretur is, ad quem intentio testatoris non
extenditur, quod fieri non potest, vt in *lege Ti-
tius, in §. Lucius Titius Damam, infra isto titulo.*
Solutio, de eo testator non sensit, non pro-
pter inimicitiam, vel quia incapax est, sed

ex impossibilitate sola, qua sublata non repu-
gnat testatoris volūtas, neque resistit, vt ei de-
tur, immo assistit cùm pauper sit, & pauperi-
bus legauerit testator in proposita specie, &
hæc est natura generalis dispositionis, vt apta
sit comprehendere eas personas rebus mu-
tatis, quæ non mutatis non comprehenderen-
tur, vt diximus in *lege 2. supr. de liber. & posthum.*
nam testator, qui verba generalia ponit, omnia
vult, quæ sub illis verbis possunt comprehen-
di, vt in *l. Labeo, in §. idem tu vero, infra, de supelle-
ctili legat.* ideoque si, vt fratribus suis distribuat
daretur facultas, nunquam ipse admitti posset,
etiam ad alium distributione deuoluta. nam
prædicta in generali legato, non autem in cæ-
teratum personarum locum habent, quod est
singulare.

Sed opponitur, quod admitti is non possit
28 etiam in generali legato, qui non est capax le-
gati tempore, vt in *lege si alienum, in §. in extra-
neis, de hered. instituend. supra.* Solut. ille text. in
hæreditatibus loquitur, item hæc non est inca-
29 pacitas iuris, vt dixi, sed naturæ, quam sufficit
quomodocunque cessare, ideo si pauperibus
mille legauit, etiam pauper eligi potest, licet
diues esset tempore testamenti: neque obsta-
30 bit *l. si cognatis, de reb. dub.* quia hic qualitas pau-
pertatis ob eleemosynæ finem requiritur, in
qua executionis tempus sufficit, item quia hic
personis incertis omnino legatur, ideo affectio
personarum, quas non cognouit testator, non
potest restringere legatum, cùm ad penitus ex-
traneos etiam referatur. item *d. l. §. in extraneis,*
in capacitate legati loquitur, non in qualitate
à testatore requisita, & hęc limitatio est expres-
sa, in *dicta lege si cognatis, in 1. responso,* item quia
hoc legatum conditionale est vt & hic est ex-
pressum, & in conditionalibus legatis non ha-
bet locum dicta regula, §. *in extraneis,* neque
regula Catoniana, vt in *illo titul. infra de regula
Catoniana, in lege penult. vel final.* & ita intellige
dictam l. si cognatis, quæ omnia nota. nam ex his
paucis lineis confici posset longissima repeti-
tio, si verbosos commentarios recentiorum
more conficere affectaremus: sed nobis plura
supperunt, quàm quæ scribere possimus, aut
velimus, neque vnquam amanuensem aliquem
inuenimus, qui ita velociter scriberet, qui desi-
derio nostro possit satisfacere.

31 Item nota quod hæres debet statim elige-
re, vt hic, vide *Bartol. hic,* & quæ dixit, & nos in
l. 1. supra eod. & vide *Parisian. consil. 23. in volumin. 2.
volumin. 3.* & nota etiam quod hic potest mora
purgari, vsque ad petitionem, ex hoc infert
Bart. ad quæstionem de constitutione Episco-
pi, & puto quod *Bartol.* verum dicit, quia con-
stitutio intelligitur de mero executore, non de
mixto, vt *supra eodem, in lege si quis Titio.* si enim
comprehenderetur, credo quod non possit
moram purgare, quia est impositus dies, vt *su-
pra eod. in l. statu liberum, in §. 1.* sed doctores re-
probant *Bartol.* vt per *Domin. Episcop. Segobiensi in
cap. 3. in num. 7. de testament.* vide per eum, & de
purgatione moræ vt vitietur pœna, & amissio
proprij matrimonij, potest purgari etiam post
diem, vt dixi in lib. 3. harum interpretationum
in cap. 5. maximè in contractibus. nam in vlti-
mis voluntatibus non auderem idem asserere,
vt in *dict. l. statu liberum.*

Veniamus ad aliud dictum in quo *Marcellus* 32
voluit hærede non eligente defunctos non
venire, sed solum superstitem, vel eius hæredē,
sed quid potuit Marcellum mouere ad exclu-
dendos hæredes præmortuorum, & admittē-
dum hæredes vltimi decedentis. dic quod vbi
peruenitur ad vnum tantum, in eo legatum,
vel fideicommissum est purum, & ita transmit-
titur. facit *infr. de option. legat. in l. si optio seruo.* sed
quando ad vnum non est redactus numerus
libertorum, adhuc legatum est conditionale,
sed reprehenditur in hoc à Scæuola, in hoc
tantum, non in alio, contra gloss. in verbo
idem ait, quæ fortè est corrupta, nec debet esse
super illo verbo, vt patet ex gloss. in verb. no-
tatus est, quia post hæredis moram, vel cessa-
tionem, vel malam electionem purum effici-
tur fideicommissum, hoc vltimo casu perpe-
tuo & irreuocabiliter, in alijs autem nisi mora
purgetur. transmittitur autem in his omnibus
speciebus, vt erat apud defunctum reuocabili-
ter, vel irreuocabiliter, & ita *Scæuola & Vlpian.*
reprobant Marcellum, expresse *Vlpian.* quoad
eos, qui post hæredis moram decesserunt,
& ita in secundo tempore. hi enim, qui ante
moram hæredis decesserunt, & sic primo tem-
pore, nihil transmiserunt. & ita sunt interpre-
tanda multa alia huius legis dicta, vt supra di-
ximus. Sed opponitur quod legatum electio-
nis conditionale sit, vt per *Bartol. hic in fin.* sed
dic vt per eum, & vide quæ diximus *sup. isto tit.
in l. statu liberum, in §. 1.*

Veniamus ad vltima dicta huius legis, &
not. quod solum qui petierint admittuntur a- 33
lijs exclusis, si negligentes fuerint, secus si ab-
sentes, vel ignorantes fuerint: tunc enim om-
nes admittūtur. sed opponitur, quod indistin-
ctè petens sibi soli quærit alijs exclusis, vt *supr.
isto tit. in l. si Titio, aut Seio, & in l. ex duobus, infra
de duobus reis. Bartol.* distinguit inter legatum
factum Titio, aut Seio, cui hæres voluerit, &
inter legatum factum vni ex libertis, cui hæres
dare voluerit, vt in priori specie quilibet eorū
sit reus credendi non eligente hærede, ideo si-
bi soli agit correus ex causa lucratiua, in secun-
do vero specie non sunt duo rei credendi: sed
hæc Bartoli differentia verbalis videtur. quid
enim interest illi, aut illi ex libertis meis, cui
hæres voluerit decem dato, vel vni ex libertis
meis quatuor, cui hæres voluerit, hæres cen-
tum dato: ideo verius est distinctionem fie-
ri debere in illa materia sicut fit in ista per
hanc legem, vt dixi in *lege si quis Titio, in §. fin.
supra isto titulo.* neque quoad id de quo agi-
mus, fiat aliqua distinctio inter istas conce-
ptiones,

ptiones, qnando est adiectum cui hæres velit, secus quando nihil estet adiectum, vt diximus in *dict. l. si quis Titio, in* §.1.

Sed oppono fortissimè, aut hæres nondum est in mora, & nulli potest petitio competere, cùm conditio pendeat, aut est hæres in mora, & tunc omnibus est ius quæsitum, nisi hæres purgat moram. ergo nihil petens præripere potest, cùm iam omnium iura sunt æqualia. Certè hæc est maxima difficultas, quam non reperio tactam à doctoribus; ego puto, quod petitio non præripiat ius aliorum, nisi ipsi fuerint negligentes per istam legem cum sequenti; sed petitio facit ius quæri, ita vt mora purgari non possit respectu petentis, vt petens omnino admittendus sit, alij vero, si hæres velit; quia ius ex priori mora fuit eis quæsitum, sed reuocabiliter, & ita si velit admittentur, nisi & ipsi non curent admitti. quod causa cognita erit statuendum, quod est valde notandum, licet *Bartol.* sentiat ex petitione vnius moram quoad omnes irreuocabiliter esse commissam, quod si verum esset, non essent rei credendi, neque in solidum aliquis agere possit, quod est falsum. ex quo fit, vt hic insolidum quæratur actio, & sic sint omnes correi credendi, alioqui non posset petere quilibet, nisi pro sua parte, & tunc non esset quid quærendum de iure, vel mora absentium, vel non petentium, cum si mihi, & Titio legetur domus, quoad partem meam perpetuo petere possum, neque collegatarius meus rem solidam petere potest, neque ex eius petitione mea conditio fit deterior. ergo hic omnes correi sunt, & in solidum agere possunt, & ita distinctio *Bartoli in ista l. si tamen*, inter prædictas conceptiones non potest defendi. melior est opinio Cyni & Dyni, quos *Imol.* sequi videtur, in *dict. l. si quis Titio, in* §.*fin.* nam si mihi & Titio domus esset legata, & non essemus duo rei credendi, quis vnquam dicet, vt Titius me requirere per iudicem possit, vt constituat in mora non petendi, vt totam domum ipse possit vendicare? & tamen hoc in *ista lege si tamen*, admittitur, quia cuilibet in solidum actio est quæsita, & rei credendi omnes liberti sunt constituti.

Ex quo manifestè apparet verum esse dominium non quæri, sed personalem tantum actionem ex priori mora hæredis, cum dominium in solidum pluribus quæri non possit, neque ambulatorium dominium reperiatur in
55 iure, vt suprà diximus. facit *l. si vt certo, in* §.*duobus vehiculum supra commoda.* & ita ex cessatione, vel mora hæredis, hic liberti plures rei credendi efficiuntur, quod est singulare verbum: & ita intelliges, quare hic etiam post moram non quæratur dominium, melius quam per Angel. & alios, quia duobus reis vel pluribus, quæri actio personalis, sed dominium non potest; actio autem personalis pluribus quæri potest, in solidum etiam ex contractibus, qui re contrahuntur, & effici plures rei credendi, vt volunt *doctores contra gloss. in lege cum vltra, C. de non numerata pecunia.* notat *Bartol. in l. eandem, infra, de duobus reis*; dominium autem pluribus quæri, vt diximus, impossibile est, ideo cùm ex mora hæredis hic plures rei fiant, sicut in *dicta lege si Titio aut Seio*, ibi, Si neutrum dat vterque perinde petere potest, atque si ipsi legatum foret.] non potest transferri dominium, quia repugnat plurium rerum naturæ. nam & sicut in legato alternatiuo rerum, alternatio impedit dominij translationem, ita in alternatione personarum. faciunt quæ notat *Bartolus in lege si pluribus, supra de legatis 1. in columna secunda, & Ias. post Bartolum ibi, in lege si quis bonorum, eodem titulo, & Alexander in lege cum amplius, in* §.*si quis bonorum, eodem titul. & doctores in lege prima, eodem tit.* optimè *Bald. in lege huiusmodi, in* §.*Stichus, eod. titul.* non enim dominium est ambulatorium, quia id quod semel nostrum est, sine facto nostro ad aliud transferri non potest, vt in regula iuris.

Item neque transfertur in omnes libertos pro parte dominium, quia hoc est contra naturam plurium rerum, quibus in solidum, non pro parte eius quæri oportet, licet male velit contrarium *Cuman. in ista l. si tamen*, qui bene diceret, si omnes in petitione concurrerent, & ita intelligi debet *dicta l. si Titio aut Seio*, & text. noster in quibus ex mora hæredis cuilibet solida petitio competit, vt inter illam legem & istam non sit differentia, sed illa recipiat interpretationem ex ista, ex mente *Ioann. de Imol. in dicta l. si quis Titio, in* §.*fi.* qui refert Dyn. & Cyn. hæc autem omnia intellige, nisi testator maioratum constituere voluisset: tunc enim data electione vnus tantum eligi posset, qua cessante vnus tantum, & ille maior natu admittetur, vt per *Gregor. Lop. in l. 2. in tit. 15. part. 2. in verb. en España.*

Vltimo nota quod *D. Petrus Peralta* tangit 56
quæstionem vtrum valeat fideicommissum relictum vt hæres det cui voluerit, ego puto quod non valeat, quia relinquitur in voluntatem hæredis substantia negotij, quod fieri non potest, vt in *dicta lege senatus, in* §.*legatum, supra de legat.* 1. quia quod dicitur *hic & in dicta lege vtrum, in* §.*cùm quidam*, neque enim in arbitrio eius, qui rogatus est an omnino velit restituere, sed cui potius restituat.] eo pertinet, vt valeat legatum, vel fideicommissum ita relictum, quando certo generi personarum relinquitur, quia eo non eligente illis petitio competit, vt *hic & in dicta l. si Titio, aut Seio, & in dicta l. si quis Titio in fin.* at vbi non exprimitur genus personarum, vitiaretur legatum eo non eligente, ridiculum enim esset omnes homines de mundo vocatos, ergo substantia legati ab eius voluntare penderet, quod esse non potest, & ita puto non valere legatum, vt vult optimè *Cuman. in num.* 1. ideo malè loquitur *Bartol. in lege Lucius, in* §.*in testamento, supra tit.* 1. quia legatum est sine effectu, aut ibi est tacitum fideicom-

Franc. Sarmient. Tt 2 missum,

missum, & peius inquitur *Angelus ibi*, qni vult piæ causæ deberi, quia falsum est legata omnia incerta piæ causæ deberi. vide quæ dixi circa intellectum *cap. cum tibi, extrau. de testament.* in libro secundn harum interpretarinn. in capite sexto, quia dnctores hallucinantur in illius text. interpretarione, neque est distinguendum intet fideicommissa vniuersalia, vel particularia, cum neque particulare fideicommissum possit pendere ex nutu hæredis, item instituendn hæredem, nulla prius facta electione, & ipse hæres illum, qnem instituit vocasse videtur, & ita eluderetur fideicommissum, vt in *lege si quis priorū, in §. certum est, C. de secund. nupt.* & idem fieret ab intestatn decedendo iuxta glnss. in *lege pater filium, in §. Iulius, infra de legat. 3.* & nota per *Bartolum in l. peto, in §. fratre, infra isto tit.* quæ vera sunt in hac specie, licet nnn in ea, in qua lnquuntur, nisi dicas antea fuisse in mnra eligendi, sed non est npus de hoc tractare, cùm fideicnmmissum sit inutile omnino, cùm pendeat à nntu hæredis.

Sed his omnibus videtur obstare elegans & singularis textus *in dicta lege si mandauero tibi, in §. si tibi centum, supra de mandat.* vbi textus inquit, Si tibi centum dedero, vt ea Titio dares, tuq́ue non dederis, sed consumpseris: & mandati & furti teneri te Proculus ait, at si ita dederim, vt cui voles dares, mandati tantummodn.] Ecce text. quod valet hoc mandatum de dando cuicumque vnlueris, ergo opinio supradicta Bartnli vera est. nam quod dici posse videtur, vt ille textus in cnntractibus loquatur, & in vltimis voluntatibus cnntrarium sit, quia vltima vnluntas nnn pntest alienn arbitrio pendere, vt latè scripsimus supra in lege prima, defendi nnn pntest, quia non est differentia intet contractus, & vltimas voluntates in hoc. nam si istam nbligationem dicimus pendere ex voluntate debentis, & idem est in contractibus, vt nnn valeat, vt in *lege si sub hac de actionib. & obligationib.* aut nnn pendere, quia saltem vt det, nnn pendet, licet pendeat cui det: & idem erit in vltima voluntate, quod est in contractibus vt valeat, vt in *lege vtrum, in §. cum quidam, de reb. dub.* ergn in *dicto §. si tibi centum*, expresse probatur opinio Bartoli.

Sed durissimum est, vt hoc legatum valeat, hæres meus det centum alieno homini, cuicumque ex toto mundn voluerit. nam si præceptum de non alienandn simpliciter factum, quia non est cuius intersit id fieri, sperni potest, vt in *lege filiusfamilias, in §. diui, de legat. 1.* quomodo poterit legatum hoc sustineri, vt det hæres cui velit de mundo, cuius potest dici interesse, vt hæc voluntas impleatur? Nam si iure digestorum vitiabatur stipulatio, & etiam legatum alternatiuum Titio, aut Seio relictum, quia nnn est cui quæratur actin, vt latè ostendimus in *lege si Titio, aut Seio, supra isto titul.* quis diceret iurisconsultns, qui illud legatum, vel stipulationem reiiciebant, hanc obligationem admitteret? neque nbstat illud non procedere quando ita concipiebatur, Lego Titio, aut Sein cui hæres velit, vt ibi probatur, quia hoc vbi inter persnnas certas adiicitur, admittendum est, sed vbi inter totius mundi homines adiicitur, quis hnc admittet? nam & licet vnum hnminem, & plures posset quis hæredes instituere, vt *institut. de hæred. instituend.* tamen omnes mundi homines instituere ridiculum est, & inutile, licet hnc *Angel.* male admiserit, vt alias ostendimus. nam vbicumque desinit interesse, desinit & actin competere, vt latè diximus in libtn secundo harum interpretatinnū capite primo, in numern quinto. cuius autem interesse poterit, vt hoc legatum soluatur? nam id quod interest in persona propria, nnn in tertij persona cnnsideratur, vt in *lege stipulatio ista, in §. alteri, de verborum obligationibus, infra.* maximè vbi persona incngnita est, & cuius non possit dari affectio, vt in specie prnposita.

Item personæ incertitudo omnimoda cui dandum sit, vitiat dispositionem non piam, vt in *l. id quod pauperibus, C. de Episcop. & cleric.* quæ autem mainr potest esse incertitudo, quam si vt alicui de mundn dare iubeatur hæres. quid igitur ad *dictum §. si tibi centum*, respondebimus?

Quidam dicunt, qnod ibi fuit tibi data pecunia, vt Titio mutun sub vsuris detur, vel cui tu velis, & tunc clarum esse te teneri, cum intersit dantis, sed de libera datione, & gratuita, nnn in mutuo tex. loquitur. est euidens diuinatin, imo corrumpit literam tex.

Cogitabam si dici posset, qund ex eo, quod nbligarin illa concurrit cum rei suæ traditione, ne ille qui accepit ob causam, sine causa apud se retineat, sit locus repetitioni, non autem quod obligario illa sit talis, ex qua alicui dare teneatur, sed si nnn dederit ab eo repeti possit, si vero alicui dederit liberetur, quia voluntatem licet ridicnlam dantis fuit sequutus.

Sed neque hæc solutio potest defendi, qnia tunc vel conditio sine causa, vel alia similis daretur, non actio mandati, quæ præsupponit cnntractam mandati obligatinnem, & non inutile fuisse mandatum, preterea, sicut modns impossibilis non prnducit repetitionem, sed res remanet apud accipientem, vt notatur in *l. cum donationis, C. de transactionib.* & nos latissimè explicauimus, in lib. 2. harum selecta. interpreta. in c. 3. per tot. qund in gratuitis dispositionibus verissimum est, idem esse deberet, si licet non impossibilis, inepta tamen sit dispositio, vt in *l. seruo alieno, in §. ineptas, supra de leg. 1.* & diximns in dicto libr. 2. in cap. 1. in numero 4.

Iden verius puto dici posse, tex. intelligendum esse, vt verba illa cui vnles dare, pars sint contractus, neque referri totam verborū contexturam, & ita non simpliciter cui vnles, sed ex certo genere personatum esse dictū, vel ex cognaris,

cognatis, amicísve certis, vel alio genere personarum, vt in *l. vtrum*, *§. cum quidam, & in lege si ita fuerit, & in lege si cognatis, de reb. dub. infr.* alioquin impossibile esset incertitudinem hanc non vitiare, neque text. in *§. incertis institut. de legat.* qui incertum legatum admittit, loquitur de hac incertitudine, quia omni iure talis & tanta incertitudo semper vitiat, vt in *dicta l. id quod pauperibus*, & hic intellectus est planus, & verus.

Sed aliqua videntur obstare, quæ sunt remouenda, & primum est non esse verisimile Paulum iurisconsultum, si vt diximus esset initus contractus, omissurum referre partem, quæ adeo erat necessaria, sed respondere possumus, cùm quæstio, de qua ille tractat, solum versetur circa illa verba, cui voles, non fuit opus alia referre, sicut neque posita quęstione testamenti opus est dicere esse confectum septem testibus, cum circa eam rem quæstio non versetur. argumentum optimum, in *capite primo de ætat. & qualitat. in lib. 6. in fin.* & nos alibi sumus interpretati.

Secundum quod difficilius est, & quod eget Delio natatore, vel Oedipo, quod in ista specie euidentissime actio furti competeret nedum mandati, quod textus negat. nam actio furti omnibus, quibus interest rem non esse interceptam competit, vt in *lege cuius interfuit, & in l. is cuius interest furti, habet actionem, si ex honesta causa interest. ff. de furtis*, sed si in hac specie esset cuius intersit mandatum impleri, omnibus eo cessãte, daretur petitio, vel saltem cuilibet petenti, vt in hac lege: ergo sicut in prima specie, ita in secunda debuit dari actio furti, sed ego puto furti actionem in hac secunda specie non dari, quia tempore furti nullius intererat. poterat enim non illi, qui sua interesse dicit, non dare, & licet iam cœperit interesse, tamen idem factum non debet operari, & furti actionem, & interesse, quod actionem furti præcedere debet, non sequi. nam idem factum non potest esse causa, & effectus. nam repugnant in hoc natura, vt in *lege si Titius, supra de conditio. institut.* facit text. in *lege inter stipulantem, in §. sacram, infra de verbor. obligation.* ibi, quoniam vna atque eadem causa, & liberandi & obligandi, essent.] quod est verissimum & subtile valde.

Possumus etiam respondere *istam l. cum quidam*, non habere locum in contractibus in hoc scilicet, vt si cui velis ex consanguineis dare te non dante, actio seu petitio cuilibet eorum competat, ideo teneatis tantum mandati actione, quod non impleueris mandatum, & repetitionis vim hæc actio continet, & verissimum hoc est illis actionem non competere, nam etiam vt si personæ certæ dares, dederim, pœnitentis locus fore*. argumentum *l. si pecuniam in §. item si quis dederit, supra de conditionib. ob caus.* & facit text. optimus in *l. 2. in §. si pecuniam, infra de donationibus*, & est expressum in *l. certi*

Franc. Sarmient.

conditio, in §. quoniam, supra si cert. petat. sed dices si hoc verum est, ergo nec in prima specie deberet dari actio furti. Solut. dico quod pactum appositum in traditione rei meę, prodest tertio, vt actio vtilis detur, vt declarat *Bar. in l. certi conditio, in §. quoniam, in fin. col. in princip. supra si cert. petatur.* de quo alibi dissêremus, ne extra materiam vagemur, tamen ea actio vtilis est, vt ibidem ipse dicit, ideo cùm vtilis sit, & debilis: debilior enim est, quam directa, vt interpretati sumus in libello de redditibus ecclésiasticis, in 3. part. in cap. 2. in numer. 21. cum sequent. & præcedent. non transit ad personam incertam. ideo in *2. part. dicti §. si tibi*, non competit alicui ex eis, cui restituere potuit, neque mandati, neque furti actio, & quod dicit text. dari mandati actionem, de ea loquitur, quæ danti pecuniam competit, actio autem furti, quam text. competere in prima specie vult illi datur, cui danda pecunia foret, cum eius intersit, & hæc distinctio inter vltimas voluntates, & contractus, vt actio detur illis, qui nominati non potuerunt, non autem in contractibus eum supradictis, probatur, quia hic in *ista lege cum quidam*, directa actio quæritur tertio, in contractibus solum vtilis quæri solet: ideo ne tot specialia coniungantur, incertæ personæ facta promissio non quęritur. nam ius commune regulariter consistit, cum alteri per alterum actio quæri non soleat, fallit in vtili, quando in traditione rei propriæ pactum adiicitur, quod est singulare, neque per aliquem tractatum circa interpretationem *dicti §. si tibi centum*, qui hucusque à nullo est intellectus. Sed claudamus iam riuos, sat enim prata biberunt, & transeamus ad legem sequentem, quæ incipit, *is, cuius.*

Marcellus, Is cuius in seruo proprietas erat, fructuario hærede instituto alicui eum seruum legauit, non potest hæres doli mali exceptione vti, si legatarius vindicare seruum vellet, non relicto hæredi vsufructu.]

Dic de ista lege vt in *l. cum filius, in §. dominus, & in lege Mæuius, in §. in fundo, infra isto titul.* vbi doctores, & doctor in *l. seruis electione, in §. cum fundus*, vbi *Iason in num. 20. in column. 6. & Rip. in colum. penult. & in l. si domus, in § final. in numer. 11. eod. tit.* ratio differentiæ inter alias seruitutes, & vsumfructum est, quia seruitutes aliæ rem non minuunt. nam ita integer est fundus seruiens, sicut liber, & constat ex suis partibus integralibus, & quotitatiuis, secus vero si vsusfructus adimatur, quia non habet suas partes, quarum vna est fructus, vt *ibidem* probat *Papinianus in dicto §. dominus*, adeo vt non dicatur proprie fundi legatum consistere, nisi vsusfructus etiam concederetur, vt in *lege si alij, infra de vsufructu legato, & in lege si alij, supra de vsufructu.*

Celsus, Si illud, aut illud legatum sit, vnum legatum est, si sub contrarijs conditionibus aliud atque aliud legatum est, vnum legatum

esse

esse arbitramur, neque refert, & hæredum, & eorum, quibus legatum est, diuersas personas esse, veluti si ita legatum est, si Nerua consul factus erit, Titius hæres Attio det fundum, si non erit Nerua consul factus, Seius hæres Mæuio centum dato.]

Dic de ista l. vt *supr. eodem in l. si quis seruum, in* §. 1. ne ibi dicta hic repetantur.

SVMMARIVM

ex l. Cùm patronus.

1 *Onus tollitur de legitima, nisi filius vel patronus nolit hæreditatem.*
2 *Legitima est quota hæreditatis non bonorum.*
3 *Hodie legitima patroni & filij æquiparantur.*
4 *Intellectus l. filio præterit. de inoffic. testam.*
5 *Vtrum legatum hic debeatur à substituto.*
6 *An cohæres soluere teneatur.*
7 *Subrogatus an teneatur ad fideicommissum.*
8 *Vtrum substitutus pupillaris possit grauari in legitima filij.*
9 *Substitutio vulgaris potest fieri in legitima.*

M*Arcellus*, Cum patronus ex debita parte institutus, fideicommissum relictum ab eo præstare non cogatur, si omiserit institutionem, qui eam partem vindicant, vtrum eodem modo retinere, an vero præstare debeant fideicommissum? & magis est deberi fideicommissum, quoniam quod illius personæ præstaretur, hoc nequaquam ad alium pertinere deberet.]

Facit tex. in *l. si patronus infra de iure patronatus.* Opponitur quod patronus teneatur restituere fideicommissum, vt in *l. ita tamen in* §. *si pa-*
1 *tronus. infr. ad senatusconsultum Trebell.* Solut. ibi compellitur hæres patronus hæreditatem restituere, quia eam tanquam suspectam repudiabat patronus, ideo nihil ex bonis liberti accipere volebat. nam si sibi hæreditatem voluisset, non compelleretur restituere, sed reiiceretur fideicommissum; nam & hac omissa ab eo institutione, cum vtilitatem ex hæreditate nollet, debetur fideicommissum, & istam rationẽ ponit text. in *l. nihil interest, in* §. *si patronus, infra de bon. libert.* ibi, Quia spreuit, & quasi damnauit eam possessionem.] & idem erit quoad successionem filij, vt si renuerit hæreditatem, adire compellatur, vt fideicommissum vniuersale, vel in sua legitima impositum, conseruetur, licet alleget imponi non potuisse in sibi debita portione, quia verum est nisi hæreditatem dimittere voluisset.

2 Sed opponitur, quod fideicommissum impositum in legitima non pertineat ad Trebellianum, quod in portione hæreditatis, non autem in portione bonorum locum habet, vt in *l. cogi, in* §. *& generaliter, infra ad Trebell.* sed legitima portio bonorum est non hæreditatis, vt in *lege Papinianus, in* §. *quarta autem, supra de inoffic. testament.* Solut. in *dict. l. nihil interest,* non solius legitimæ, sed totius hæreditatis est fideicommissum impositum, sed in *dicta lege ita tamen, in* §. *si patronus,* fuit facta institutio solius debitæ partis, vt text. expresse dicit, ideò verius est legitimam portionem filiorum, vt patroni esse hæreditatis quotam, non bonorum, & ibidem est expressum. diximus latè contra *doctores in l. si quis seruum, in* §. *final. supra isto titul.* vbi omnino videatur, & diximus etiam in *lege Gallus, in* §. *in omnibus his speciebus, supra de liber. & posthum.*

Et ita intrat quæstio de transmissione in legitima, nam si esset quota bonorum, esset legatarius, & legatum purum semper transmittitur, vt *l. vni, C. de caduc. tollend. in* §. 1. item opus est, vt habeat cohæredẽ, & ita falsum est quod per cohæredem tollatur suitas, vt diximus in *lege si filius hæres, de liber. & posthum.* alioquin si esset solus institutus ad totam hæreditatem traheretur, vide quæ diximus dictis locis, hic tractat *Dom. Petrus Peralta*, de hoc an sit quota bonorum, in *num. 3.* sed tu dic, vt diximus in dictis locis.

Sed opponitur, quod grauamen imposi- 3
tum legitimæ, vel fideicommissum non tollatur per legem, sed opus sit testamentum rumpere. nam neque filio hoc priuilegium datur, sed si in minori parte, quam debetur sit institutus, querela inofficiosi indiget. vt in *dicta l. Papinianus, in* §. *quarta autem, circa fin. & in* §. *vnde si quis,* & diximus in *dicta lege Gallus, in dicto* §. *in omnibus,* per illum textum. Solut. hoc fauori filiorum datum est, vt totum testamentum ob hanc rem per querelam subuertere possint, patrono autem hoc concessum non est, sed alio modo ei succurrit, vt suam portionem integram habeat, & si minor data sit, suppleatur, si verò grauata sit, onus auferatur, vt *hic & infra de bonis libertor. in lege si ex patronis, doct. in lege 1. C. de bonor. poss. contra tabul. liber.* hodie autem ad ius patroni redactus est filius, cùm legitimæ onus auferatur, & portio minor debita suppleatur, neque totum rumpitur testamentum, vt in *lege quoniam in prioribus, & in lege scimus, C. de inofficioso testament.* quod non ob filij vtilitatem, sed parentis, & testamenti est inductum, vtilius enim erat filijs totum testamentum rumpere, vt iure antiquo licebat. ideo errat *hic Angel. de Perigl. & Cuman.* dum mirantur quod iure isto concedatur patrono, quod filijs non conceditur, scilicet vt ipso iure grauamen auferatur à debita sibi portione, quia minus est hoc longe, quam id, quod filijs conceditur. peius est, quod *Paulus de Castro* iure isto idem in filio quod in patrono admittendum existimat, quod bene reprobat *Roderic. Xuar. in dicta lege quoniam in prioribus, in princip. in numer. 17. & 18. post eundem Paulum ibid.* qui melius loquitur quàm hic.

Item nota, quod si patronus omittat institutionem, quod ille qui in locum eius succe-

dit

dit substitutus scilicet, vel cõiunctus fideicommissum restituere compellitur, & idem dicunt in onere imposito filio etiam in legitima, vide *Xuar. in l. quoniam in prioribus, in 1. limit. in nu. 19.* & etiam *in 4. limitation.*

Sed opponitur quod fideicommissum quod nullum fuit non possit ex futuro euentu vires accipere, nec ex personæ mutatione, vt *supra de iur. codicillo. in l. quidam referunt.* Solut. fideicommissum hoc non fuit nullum, sed potest patronus non dare, vt hic, si enim nullum esset ex patroni voluntate, non confirmaretur, vt debeatur tamquam fideicommissum. fac. ea quæ notat *Bar. in l. si quis seruum in*
4 *§. si inter duos*, ibi, Legatum non est nullum in veritate] vide supra isto tit. item etiam si esset nullum, est propter ius patroni, & ita illo bona omittente cessat ratio inualiditatis, ideo secundum *Bal. Angel. Paul. & Cuman.* idem erit in filio quod in patrono dicimus. nam licet hodie ipso iure grauamen reijciatur, id tamen verum filio hoc volente, non alias, vt in *l. filio præterito supra de iniust. rupt.* & licet æquitate prætoria admittatur in specie proposita, idem erit de rigore iuris ciuilis, ibi enim æquitas fuit necessaria, & prætoris prouisio, quia erat peccatum in formæ omissione, instirui enim pro forma filius debuit, quæ forma in specie nostra non est inducta; non enim est inductum pro forma, vt filius non grauetur, ideo filij voluntas de rigore etiam id potest.

5 Sed oppono quod legatum vel fideicommissum non debeatur à substituto, vt *infra in l. seq. in §. fi.* Solut. ibi in fideicommisso nominatim relicto, hic vero non nominatim fuit relictum, sed sub hæreditario nomine: quod voluit *hic Cuma.* tu dic quod hæc l. emanauit post rescriptum Seueri, ideo procedit, etiamsi nominatim esset relictum, vt dicemus in §. seq. & ita cessabunt quæ doct. hic, & ibi ponunt, maximè *D. P. Peral. ibi in num. 2. 3. col.*

6 Sed quid in priori huius l. parte si patronus qui fideicommissum agnoscere non vult, hæreditatem vindicet, an cohæres legatum soluere teneatur, ego puto quod non, quia nõ peruenit ad eum ea pars, quæ fideicommisso grauata fuerat, ideo potius fideicommissum vitiabitur. arg. tex. notab. *in l. is qui vnum filium. supra de iu. codicillo.* arguendo de parte ad totum. nam onus transire solet ad substitutum vel coniunctum, ad quem res onerata peruenit, vt *C. de caducis tol. in l. vni. & infrà, in l. seq. in prin.* hic vero acceptante patrono pars onerata non peruenit ad substitutum, vel coniunctum. & vide quæ hic dicit *D. P. Peral. in col. 3. & 4.* qui videtur hoc concludere. facit optimè tex. in *l. sed cum ea, supr. de iur. codicillo.* vbi, Sed cum ea testatoris voluntas, vt ex vniuersa hæreditate legata erogarentur, dicẽdum hæredibus scriptis profuturam doli exceptionem, si amplius quã hæreditaria portio petatur.] Sed D. P. ita confuse loquitur, vt nulla possit ex eius verbis capi resolutio. mihi videtur esse optimum argumentum, & necessarium ex *d. l. si qui*, sed videtur obstare tex. in *d. § sed nostra*, vbi tex. inquit, Tertiam partem bonorum liberti cõsequatur, vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta reliquerit, ita sine onere, vt neque libertis liberti libertæue ex parte legata, vel fideicommissa præstentur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet.] Sed ille text. loquitur de legatis factis generaliter, non à parte legata libertis, quia si illam partem onus fideicommissi respiceret, non deberetur legatum reiecto onere, sed vitiaretur, & hic est verus sensus illius text. quia onus rei certæ impositum, non potest extra rem ipsam vagari, quia causa limitata est, vt *in l. age C. de transactio.* & faciunt quæ hic ponit *D. Peralta* de accidentibus, quæ non possunt migrare de subiecto in subiectum, licet Pythagoras difficiliores migrationes admiserit, ne Luciano materia deficeret.

Sed opponitur quod ille, ad quẽ portio patroni peruenit, nõ teneatur ad fideicõmissum, 7
quia qui in locum alterius succedit, eodem iure, quo ille poterat, vtetur, vt in his terminis probatur in *l. qui quadringẽta, in ver. nam heres, & in l. Marcellus infra ad senatuscon. Trebel. in fi. prin.* sed patronus non tenebatur ad fideicommissum, ergo neque ille qui ei succedit. Solut. dic quod successio, vel subrogatio, dupliciter fieri potest, vno modo per priuationem, alio vero per communicationem, in priori subrogatione non assumit quis qualitatem illius cui succedit: neque enim proprie ei succedere dici potest, vt in substituto vulgari dicemus, qui nõ hæredi, sed testatori succedit, licet in locum primi hæredis succedere dicatur. sed nõ dicitur primo succedere & de ista successione loquitur hic tex. in qua qualitas illius in cuius locum subrogatur, non inspicitur, sed propria qualitas: quia persona media magis erat impedimento, quam vt esset medium necessarium, vel vtile, vt in *l. quamdiu, supra de acquir. hæredit. & in l. post aditam, C. de impuber. & alijs*, & de hac subrogatione vel successione loquitur tex. in *l. 2. C. de liber. præterit. vel exhæreda.* vbi *Bal. in 1. col, in fin.* optime loquitur de hac re.

In secunda autem successione, in qua non solum in locum alterius, sed illi succeditur, verum est vti successorem regulariter iure sui prædecessoris, vt in *dict. l. qui quadringenta.* ratio huius distinctionis est, quia in priori specie nũquã res fuit apud prædecessorem, vt eius possit qualitatem assumere, & pro hoc est tex. in l sequent. in secunda vero apud prædecessorem moram traxit, & dominus fuit illius rei, propter quod illius, apud quem fuit, naturam potuit assumere, & ad istam distinctionem facit tex. *in l. qui fundum in §. qui filios cum ibi not. per docto. infra ad l. Falcidiam*, & ita est differentia inter successionem ex vulgari, & successionem ex

 pupillari,

pupillari, vt ibi notant *docto. & Bar. singular. in l. Titia cum testamento, in §. fin. in nu.*10. *&* 11. *infra isto tit.* cuius distinctio potius fauet huic opinioni, si recte consideretur, & istam distinctionem optime sensit *Cuma. in l. quod principi, in* 1. *lectura, in fin. col. in princi. infra isto tit.* vbi inquit, quod est quædam successio per ambulationem, quædam vero per repræsentationem.] quæ verba optime explicant supradicta ·, ideo si patronus hic hæres extitisset, eius successor non teneretur ad fideicommissum, imo si nondum extitisset, sed transmisisset, quia est successor per repræsentationem, quod voluit *Paul. in l. ita in §.* 1. *infra isto tit.* quamuis *Bar.* in eius l. summario perperam contrarium senserit. nam hic text. solum in vulgari substituto, vel hærede coniuncto procedit, quia substitutus vulgaris, & coniunctus non hæredis, sed testatoris hæredes sunt, & subrogantur per annihilationem; sed qui succedit per transmissionem, succedit per repræsentationem, ideo priuilegio prædecessoris vtetur, & pro hoc est tex. *in l. si pater tuus, & in l. si quis filium, in versic. iubemus, C. de inofficios. testam.* neque obstat text. *in l. si fundum per fideicommissum in §. fi. supra de legat.* 1. *cum l. sequenti*, qui loquitur in successione per communicationem. nam in illis text. est alia ratio, quia à testatore in tota hæreditate est honoratus, ideo quoad hoc ab ipso capere videtur non à filio, vt in *l. Papinianus, in §. sed neque impuberis, sup. de inofficios. testament.* ideo quasi per priuationem illa subrogatio censetur, & vide omnino quæ diximus late in *l.* 3. *in §. fin. in num.* 5. 6. *&* 7. *sup. de lib. & posthum.*

Nota tamen quod *Cuma. hic* vult substitu-
8 tum pupillarem posse grauari in legitima, licet non possit filius, quod videtur pugnare cum supradictis, sed defendi potest Cumani sententia. supradicta enim procedunt vbi grauatur filius, quia neque ipse neque hæres eius agnoscere illud grauamen tenetur. dictum vero Cumani procedit, vbi non filius sed substitutus grauatur, quod fieri potest, nam substituto non debetur legitima, & sicut potuit alius substitui, potuit & alij restituere grauari substitutus. & hæc opinio Cuman. est verissima, de qua licet eum non referat, vid. *Xuarez. in dicta l. quoniam in prioribus in* 1. *limitat. in nu.* 15. *cum sequent. C. de inofficios. testament.* nec vt dixi contradicit supradictis. vide text. *& doctor. in l. cohæredi in §. cum filiæ, supra de vul. & pupilla. & in d. l. si fundum per fideicommissum*, & vide *Gualdens. in arte testan. in tit.* 5. *in cautel.* 34.

Grauamen igitur filio, vel patrono impositum, sicut non debetur à filio, ita neque ab eius hærede debetur, neque obstat quod priuilegiũ personale ad hæredem transire non soleat, vt apparet ex regul. iur. quia id verum est, nisi illud sit iam radicatum cum re, quæ transmissibilis sit, quia si rem respiciat transmittitur, & hoc est expressum in *l. non solum supra de in integr. restitutio.* & ita transit ad eum, qui succedit ipsi patrono, vel filio, sed non transit in illum, qui tantum intrat in locum patroni, vel filij, & ita *Bar.* melius dixisset in summario, priuilegium concessum instituto, non extenditur coniuncto vel substituto vulgari, etiam si portio instituti ad eos perueniat, neque hoc ita intellexit *Bar.* vt apparet ex legibus, quas allegat. quæ nota, quia non ita plene explicant doctores vere repetentes, quia ab alijs dicta semper repetunt & sæpe male, vt male vertendo bonas corrumpant fabulas, vt inquit ille: coniuncto ergo nõ communicatur priuilegium, de quo latissime scripsimus in q. quam disputauimus *in l. si filius heres, supra de liber. & posthum.*

Item nota, quod potest fieri substitutio vulgaris in legitima quod nullum dubium habet, neque enim est onus, neque tollit suitatem, vt in *dict. l. si filius heres*, ostendimus, neque si tolle-
ret, ob hoc impediretur substituere pater, qui 9
non legitimam cum suitate debet: quod si esset quota bonorum legitima, vt doctores dicunt, quis vmquam legatario concessit suitatem. adeo in hac materia doctorum sententiæ à iuris nostri regulis sunt remotæ, vt ridiculum sit quod *Socin. in l.* 1. *de vulgar. & pupillar. in col.* 80. 15. *limit.* vult quoad legitimam substitutionem vulgarem non tollere suitatem, quoad transmissionem, quia onus est, non transmittere, vt *in l. Panthonius, supra de acquir. hered.* licet auferat eam quoad reliqua, vt humano capiti ceruicem addat equinam. mitto quæ *Segur.* secute *in l. cohæredi, in §. cum filia*, circa hoc, & circa alia dicit, & quæ hic & vbicunque gentium dixerit, ne bonas horas male collocemus, sed vt hanc legem expediamus, vide quæ dicemus post *in dicta l. Titia cum testamento, in §. fin. infra isto tit.* & adde quod *Bar.* qui *hic in fin.* inducit istam l. ad quæstionem, sed est corruptus, quia hæc lex nihil facit debet esse in lege sequent. vbi *Alberi.* notat ad eandem quæstionem illum textum.

SVMMARIVM

ex l. Celsus, pater meus.

1. *Vtrum l. Papia sit sublata per Iustinianum.*
2. *Intellectus l. item veniunt in §. prætor de petitione hæredi. & infra num.* 4.
3. *Intellectus istius l. & num.* 5.
6. *Intell. l. quidam referunt de iure codicillorum.*

CElsus, Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri consulis, itum in sententiam suam, vt cum Otacilius Catulus filia ex asse hærede instituta liberto ducenta legasset, petissetque ab eo, vt ea concubinę ipsius daret, & libertus viuo testatore decessisset, & quod ei relictum erat, apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinæ reddere.]

Hæc l. concordat cum l. præcedenti, vt ille qui succedit patrono per exclusionem non

gaudeat

gaudeat eius priuilegio, secus si per repræsentationem, vt ibi diximus.

Oppono cum glo. caduca ante constitutionem *Iustiniani, C. de caduc. tollend.* fisco applicabantur per legem Papiam, quam ibi à nullo ante se emẽdatam dicit. ergo ducenta liberto legata fisco debentur, & concubinæ fideicom-
1 missum relictum euanescit. Solut. glo. fatetur quod *Iustinianus* benedicat l. Papiam per nullum imperatorem ante eum fuisse sublatam, sed per iurisconsultos. hæc sol. falsa est ex duobus.

Primò quia iurisconsulti leges corrigere non poterant, sed solum interpretari, vt diximus in *l. Gallus, in princip. supra de liber & posthum.*

Secundò si iam erat sublata per quemcumque id factum foret, non posset à Iustiniano auferri, vt in *l. decem infra de verbor. obliga.* quid enim interest si aliquid fiat legitime, fiat per hunc vel illum, vt dicit *Scæuola, in l. Gallus in §. si enim supra de liber. & posthu.* ibi, Nihil refert vtrum ex iure antiquo, an ex l. Velleia excludatur.] Ideo *Bar.* aliter soluit, vt tria tempora considerentur, primo est tempus digestorum, quo tempore legata caduca, vel quæ in causam caduci erant, redibant ad hæredem cum suo onere, postea inductum est per l. Papiam, vt fisci caduca fierent, postea per Iustinianum l. Papia fuit sublata, & ad ius antiquum reditum est, quod tempore digestorum obseruabatur secundum *Paul. hic*, quod etiam tenet *Angel. de Peri.* & idem dd. magis communiter probant in *l. vni, in §. Pro secundo, C. de cadu. tol.* vbi *Petr. Cyn. Bar. Angel. Salicet. & Rapha. Fulgo. in dict. loco* di-
2 cunt contra hoc facere tex. in *l. item veniunt, in §. præter hæc supra de petit. hæred.* ibi, Cum antequam partes caduca ex bonis rustici fisco peterentur.] in quo tex. fit mentio iuris fisci in caducis, ergo tempore digestorum caduca fisco debebantur. *Salicet.* huic difficultati respondet, tex. illum de bonis vacantibus intelligendum, non de caducis, quæ illo tempore non pertinebant ad fiscum. sed hæc sol. admitti non potest, nam si verba non accipiuntur sensu quo significant, nihil certum constitui posset, Titium pro Sempronio, Caium pro Seio, asinum pro boue interpretando, maxime quia non deficiebant hæredes, vt bona vacare possint. subiungit enim text. Hi, qui se hæredes esse existimant, hæreditatẽ distraxerint, &c.] Ecce quod non deficiebant hæredes, quibus tamen potior fiscus erat, & ita tex. non loquitur de bonis vacantibus, ideo Cumanus respondet, quod copilatores digestorum hanc legem secundum ius nouum emendarunt, ne ius correctum legeretur, sed quod isto tempore obseruabatur. sed hæc Solut. non potest defendi, neque esset copilatio hæc, sed legum destructio, & confusionem maximam temporum induceret, ideo hæ solutiones admitti non possunt.

Notandum est ergo circa istam difficultatem primo, quod non solum in *dicta l. item veniunt,*] fit mentio de caducis fisco vindicandis, 3
verum in *l. proxime supra de his quæ in testamento delentur*, ibi, Bona eius vt caduca fisco vindicarentur.] item quod dubium non est, legẽ Poppeam, quę de caducis fisco vindicandis lata est, ante digestorum tempora fuisse editam, vtpote quæ sub Diuo Augusto post Iulias rogationes fuit edita, vt *Cornelius Tacitus in lib. 3.* est autor, quam Papius consul prius induxit, postea Poppeus Sabinus, cum quo Q. Sulpitius Camerinus fuit consul, quinquennio ante Augusti mortem, vt apparet ex *Tranquillo in Vespasiano, c. 2.* & eius legis Claudius vacationem induxit, vt inquit *Sueton in Claudio in c. 19.* quinimo & vnum illius caput abrogauit, vt apparet ex *cap. 23.* & Nero præmia delatorum legis Papiæ minuit, vt *idem Tranquillus* asserit *in Nerone, c. 10.* dubium ergo non est ante iurisconsultorum respõsa, quibus vtimur, legem Papiam editam fuisse, cum floruerint post Augustum omnes iurisconsulti, quorum responsa in digestis continentur: sed ea lex plurima capita continebat, & in multis fuit sæpe derogata, vt dicit tex. in *dict. l. vni in prin. C. de caduc. tollend.* & iterum suscitata, nam ex constitutione Antonini imperatoris caduca omnia fisco vendicabantur, authore *Vlpiano titul. de caducis*, si eius est libellus ille, qui sub eius nomine circunfertur. Ex quo apparet iura caducorum sæpissime fuisse mutata, & Celsum l. nostræ authorem post l. de caducis longo tempore stetisse, qui floruit sub Traiano, & Hadriano, & inter l. Papiam, & ipsum fuerunt plures imperatores, scilicet, Tiberius, Caligula, Claudius, Nero, Galba, Otto Siluius, Vitellius, Vespasianus, Titus, Domitianus, Nerua Cocceius, Vlpius Traian. & Ælius Hadrianus, sub quibus floruit. Ad difficultatem itaque respondetur, quod legis Papiæ sæpissime fuit facta mutatio, neque vmquam fuit penitus sublata ante Iustinianum, licet in aliquibus capitibus fuit sæpe ei derogatum, & ideo iurisconsultorum responsa quadam leges Papiæ obseruationem respiciunt, quædam vero ius antiquum ante legem Papiam, idest ius duodecim tabularum, quædam vero ius constitutionum, quæ dictam legem moderabantur. ideo optime Tribonianus videns l. Papiam esse à Iustiniano penitus sublatam, omissis responsis multis iurisconsultorum, quæ ad l. Papiam pertinebant, ea inseruit tantum in legibus digestorum, quæ vsui esse possint, etiam 4
ea l. abrogata, & ita inseruit dictum senatusconsultum in tit. de petitione hæreditat. quia multa alia erant vtilia in eo, imo id quod de caducis ibi statuitur, optime conducit. regula enim illa, quod bonæ fidei possessor, quæ ex hæreditate à fisco vendicatur, sine vsuris reddere teneatur, vtilis est, etiam sublata l. Papia: prodest etiam vt priuatus, sicut neque fiscus vsuras petere non posit, cum senatusconsultum etiam in priuatis locum habeat, vt in *eadem*

dem *l.in §. in priuatorum*, caducorum autem ibi fieri mentionem,& ea ponere opus fuit, vt ergo,& causa illius senatusconsulti intelligeretur & interpretatio senatusconsulti, etiam sublata l.Papia erat vtilis futura, sicut & etiam l.ista & dicta l.proxima.

5 Licet ad istam nostram legem possimus eleganter dicere, quod ideo hic caduca in fiscum non deferuntur, quia filijs imponere iugum lex Papia erubuit, vt in *l.vni. C. de caduc. tollen.* sed hæc lex loquitur in filia hærede instituta hac ratione, vt vitaret legis Papiæ caducitatē, interpretatur itaque legem Papiam, quæ cum filijs non est loquuta,vt institutis filijs, & exteris legatarijs id prodesset, quæ interpretatio admissa fuit, quod lex Papia generaliter filijs institutis non se intromisit,non autem filijs solum ius suum præseruauit: tunc enim alijs non prodesset,vt ex edicto de legat.prestand.apparet, *eod.tit.in l.3. in §.item si quis*, vbi *Vlpianus* inquit, Si quis ex ipsis personis rogatus sit restituere extero,quod sibi relictum est,dicendum non esse legatum præstandum, quia emolumentum ad eum non respicit,] & hæc est singularis istius legis interpretatio, nam hic tex. rem dubiam fuisse,&controuersam innuit,dubitatio autem colligitur ex his, quæ diximus, quod nullus doctorum interpretatur, & vide quæ dicemus in §. sequen.in fin. vbi latius de hac re.

Sed opponitur, quod istud legatum sine onere deferatur, quia portio, quæ defertur libera sine onere remanet,vt in *dicta l vni.in §.1. C. de cadu.tollend.* Solu.ille tex.loquitur in pro non scripto,quod ab initio non valuit, noster vero in caduco,quod valuit ab initio, ideo pro non scripta, sine onere remanet, caduca vero cum onere ex mente Paul.hic post glo. Sed opponitur, quod non debeatur fideicommissum à legatario relictum deficiente legato, vt in *l.fideicommissum,supra de legat.1.* Sol. fideicommissum non debetur à legatario, sed debetur ab hærede,vt hic.

Item oppo.d. text.in *l.Titia in princip. vers.a de annuis legat.*vbi legato facto deficiente, deficit fideicommissum,inquit enim tex. Titia, hærede Seia scripta, vsumfructum fundi Mæuio legauit,eiusque fidei commisit in hæc verba;à te Mæuio ex reddittu fundi Pacatiani præstari volo Arrio Pamphilo & Arrio Sticho die mortis meæ annuos sexcentos quotānis quoad viuēt. Quæsitum est, cum Mæuius annua alimenta præstiterit,post mortem autem eius fundus,ad hæredem Titiæ pleno iure redierit, an alimenta ex fideicommisso Pamphilo, & Sticho debeantur; respondi nihil proponi cur debeant præstari ab hæredibus Titiæ , cum ab vsufructuario alimenta relicta sunt. idem quæsiit an ab hæredibus Mæuij legatarij legata præstanda sint. Respōdi nihil ab hæredibus legatarij præstandum, nisi testatorem manifeste probetur voluisse etiam vsufructu finito præstari, si modo id quod ex vsufructu receptum esset, ei rei præstandæ sufficeret.] Sol. hic legatum deficit ex accidenti,ibi vero ex natura rei cuius naturam accepisse videtur, nam non solum deficit persona verum etiam res, quia vsusfructus formalis, ex quo debebatur perit, defectus ergo fuit ibi non solum in persona, verum in re etiam,hic vero solius personæ.item oppone text. in §.sequent.Sol.vt ibi diximus.

Sed opponitur quod debeat fieri distinctio, 6
vtrum portio deficiens deferatur, coniuncto vel substituto,vt in *l.quidam referunt,supra de iure codicillorum*,vbi substituto non debetur. Sol. ibi inspecto tempore codicillorum quod secundum Scæuolam inspici debet, in pro non scripto loquitur, non in caduco, in coniuncto vero non videtur pro non scriptum,cum idem gradus subsistat, vt *Scæuola* existimat. sed contra,quia *dicta l. vni. C. de caduc. tollend.* neque à coniuncto deberi existimat,ego puto, quod in hoc à Scæuolæ sententia sit discessum, vt ex *Africano in l.sequen.*apparet,quæ incipit,Sed cum eis. vel dici potest quod raro cum onere pro non scriptum defertur,vt dicit tex.*in dicta l.vni.* ille autem casus in quo contingit, est quando inspectis codicillis est pro non scriptum,inspecto vero testamento est caducum , quod coniuncto cum onere defertur , quia soluit onus, quod si substituto defertur ea portio, cohæres solum pro sua portione hæreditaria tenebitur, quia tunc demum tenetur insolidum coniunctus,cum sibi totum defertur, & hoc voluit *Africanus in dicta l.sed cum ea*,quod est notandum, vide quæ dicam in *l.re coniuncti,de legat.3.super 4. q.principal.2. partis*, an autem possit fieri legatum,vel donatio concubinæ, quia tex. hic loquitur de legato concubinæ facto , vide *hic D.Petrus Peral.in princip.*

SVMMARIVM

ex §. Quod alicuius.

1. *Intellectus l.si ab eq.de vsufructu lega.*
2. *Relictum à legatario debetur ab hærede.*
3. *Intellectus l.1.§.id quod ex substitutione ad l.Falcid.*
4. *Intellectus l.cum patronus,iste sit.*
5. *Intellect.l.debitor de lega.3.*
6. *Hodie nihil interest sit nominatim relictum vel non, & intellect.huius l.& num.10.& 11.*
7. *Intellect l.si plures de lega.3.& huius l.*
9. *Error Alciati.*
10. *De intellectu l.vni,C.de cadu.tollend.*
11. *Intellect.tit.de legat.præstand.*

QVod alicuius hæredis nominatim fideicommittitur , potest videri ita demum dari voluisse, si ille extitisset hæres. Si filio hæredi pat Seius, à quo nominatim legatum est, acceperit:non præstauit legatum,quod iure antiquo capit.]

Opponitur supra ista l. in principio, vbi legatum, vel fideicommissum debetur ab alio, quam ab eo, à quo relictum est. Solut.ibi non fuit

fuit legatum nominatim relictum, ergo puto quod hæc solutio defendi non potest, quia quando à legatario fideicommittitur, non potest fieri quin id nominatim fiat. quod si species aliqua excogitari posset, non poterit sine diuinatione ea species adaptari, ideo dici potest, quod legatum etiam nominatim factum à legatario, debetur ab hærede, & ita etiam intelligi debet tex. in *l. si ab eo infra de vsufructu lega.* vbi tex. inquit, Si ab eo, cui legatus esset vsusfructus, fideicommissum fuerit relictum, licet vsusfructus ad legatarium non peruenerit, hæres tamen penes quem vsusfructus remanet, fideicommissum præstat.] Ecce quod ibi non potuit, non fideicommitti nominatim, & tamen hæres soluere fideicommissum debet. ratio autem est manifesta, quia in effectu omnia legata, vel fideicommissa à legatarijs relicta ab hærede præstantur, vt in diffinitione legati dicitur, & nos declarauimus late supra in rubrica in numer. 7. quod est valde notandum, legatum denique ab hærede nominatim relictum, non debetur à substituto, vt hic, relictum tamen à legatario debetur, ab hærede, vt diximus.

2 Sed oppo. quod ab omnibus successoribus debeatur, vt in *l. 4. in §. fi. infra de aliment. lega.* Solut. illud inductum est fauore alimentorum secundum Doctores, quos refert *Iaf. in l. si duobus in principio, & in l. licet imperator in numero 38, supra de lega. 1.* sed ridiculus est iste intellectus, cum tex. nihil ad propositum faciat, exponi enim debent verba illa, Si fine patroni liberis idem liberti agant,] idest viuant, vel morentur seorsum à liberis patroni, quod *Bar.* referendo Iacob. & Dyn. ibi intellexit, & iste est verus, & clarus intellectus.

Sed opponitur, quod etiam si legatum sit nominatim relictum debeat solui à coniuncto ad quem pars illa grauata peruenit, vt in *l. si duobus in §. heres, in versi. nam & si duos, supra de legat. 1.* vbi inquit *Pomponius*, Si duos ex hæredibus suis nominatim quis damnasset, & alter hæreditatem non adisset, qui adisset totum deberet, si pars eius qui non adisset, ad eum, qui adisset peruenit.] Solut. ibi licet nominatim ab vtroque tamen fuit legatum, hic vero fuit legatum ab vno tantum secundum glos. ibi & doctor. sed huic solutioni obstare videtur tex. in *l. si Titio, & Mæuio in §. Iulianus infra isto tit.* vbi legatum relictum nominatim ab vno, debetur ab alio, non enim ab vtroque fuit relictum. Solut. ibi non fuit nominatim relictum, quod enim ibi dicitur, cum esset ab eo fideicommissum relictum,] puta Titio centum quemlibet ex hæredibus in quinquaginta grauasse videtur, non tamen nominatim ab vno hoc factum fuit.

Sed opponitur d. text. *in l. quidam referunt, supra de iure codicillorum*, vbi coniunctus totum legatum soluere tenetur. Sol. ibi ambo grauati sunt, & licet id nominatim factum dicas, nihil impedit, cum hoc procedat secundum id quod dictum est ex *l. si duobus.*

Sed opponitur id quod dictum est de con-
iunctis habet locum in substitutis, vt in *dict. l. si*
Titio, & Mæuio in §. Iulianus, sed tunc obstat for-
tissimus tex. in *l. 1. in §. id quod ex substitutione, in-* 3
fra ad legem falcid. vbi legata nominatim relicta
debet soluere coniunctus, qui ex substitutio-
ne succedit. inquit enim quod per contribu-
tionem non augebuntur, sed respondet ibi *An-*
gel. & vterque Imol. quod non augebuntur, quia
non debentur, sed hic intellectus non potest
defendi, frustra enim ibi ageretur de augmen-
to per contributionem, si nullo modo legatum
deberetur, sed in totum corrueret, ideo dicere
potes, quod ibi legata nominatim relicta de-
bentur à cohærede, etiam si ex substitutione
succedat, quia vterque fuit grauatus nomi-
natim, iuxta speciem tex. *in dicta l. si duobus, supra*
allegata, non tamen fit contributio vt pro parte
hæreditatis, quæ ex substitutione venit lega-
tum augeatur, quod portio quæ defertur alijs
legatis minus grauata sit. Finge ita factam insti-
tutionem, Caium in quadrante hæredem in-
stituo, Seium in dodrante & eos inuicem sub-
stituo, & iubeo Seium & Caium Titio dare
centum. hæc centum pro parte quilibet æqua-
liter soluere tenetur, in specie posita, vt in *l.*
quoties, & in l. nonnumquam, infra ad senatusconsult.
Trebellian. & in l. si hæredes nominatim supra de le-
gat. 1. finge in partem quam Caius soluere de-
bet Falcidiæ locum fore, adhuc Falcidiæ locus
erit, etiam si repudiet Caius, & Seius ex substi-
tutione succedat, etiamsi contributis bonis
Falcidia cessaret: pateretur tamen Falcidiam,
quam Caius si adisset, detrahere potuisset, quia
nominatim fuit legatum relictum. nam si le-
gatum non esset nominatim relictum, contri-
butio bonorum fieret, & hic est verus sensus
istius text. neque intellectus prædictorum do-
ctorum non potest esse verus. nam ibi tex. vult
constituere differentiam inter partem delatam
iure substitutionis, & inter eam, quæ iure ac-
crescendi defertur. nam non semper contri-
buitur vt in legatis nominatim relictis, illa ve-
ro, quæ iure accrescendi defertur, semper in
contributione vocatur, quæ distinctio vera nõ
esset si legata nominatim relicta ibi non debe-
rentur, quia facta nominatim fuerunt. si enim
non essent facta nominatim, semper fieret
contributio siue deferatur portio iure substi-
tutionis, siue iure accrescendi, ideo verus sen-
sus est, quem supra posui, quod ibi vterque
grauatus erat nominatim iuxta *dict. l. si duobus.*
quod est notandum.

Item opponitur d. tex. in *l. cum patronus supra* 4
isto tit. vbi fideicommissum à patrono relictum tenetur exoluere substitutus, vel coniunctus eo hæreditatem omittente, ergo fideicommissum nominatim relictum, est ambulatorium (vt ita dixerim) & transit cum hæreditate. Solutio, ibi fideicommissum non fuit nomina-

tum

tim relictum, sed ita hæres meus det Titio centum, vel si fuit nominatim relictum, fuit vterque nominatim grauatus, sed hic casus esset sine dubitatione, ideo melior est præcedens solutio, si velis tenere doctorum interpretationes, sed sustineri non possunt, quia licet supradictis legibus vtcunque sit satisfactum, tamen sunt aliæ leges, quibus nullo modo potest dari congrua responsio, in quibus constat fideicommissum nominatim relictum deberi à substituto vel coniuncto.

5 In primis est tex. expressus in *l. debitor in §. 1. infra isto tit.* vbi inquit *Paul.* Si primo, & secundo, & tertio heredibus institutis, sic legata dentur, si mihi primus hæres non erit, secundus Titio decem dato, si secundus mihi hæres non erit, primus Seio fundum Tusculanum dato; vtrisque omittentibus hæreditatem primo, & secundo, quærebatur, substituti, quos eis dederant, an & cui legata præstare debent, ab vtroque substituto legata debentur.] Ecce text. cui nun potest dari congrua responsio contra doctorum opiniones: nam nominatim dicitur legatum factum, etiam si non exprimatur nomen proprium, si aliud quod grauato soli potest applicari adijciatur, vt in *l. nominatim, inf. de manumiss. testamen.* vbi inquit *Caius*, Nominatim videntur liberi esse iussi, qui vel ex artificio, vel officio, vel quolibet alio modo euidenter denotati sunt veluti dispẽsator meus, cellarius meus, cocus meus, Pamphili serui mei filius.] Et *Florentinus in l. nominatim, infra de condict. & demonstratio.* quinimo in *l. nominatim infra tit. 1.* inquit *Paulus*, Nominatim legatum accipiendum est, quod à quo legatum sit intelligitur, licet nomen pronuntiatum non sit.] ex qua l. videtur numquam fieri posse quin legatum nominatim fiat, sed fieri potest, vt apparet ex his quæ diximus in l. 2. supra de lib. & post. explicando tex. *in cap. quoniam. Abbas extra tit. de officio legat.* ibi omnino videatur in *nu. 3. & 4.* nam ibi ostendimus nominatim, vel non nominatim considerari posse, etiam vnico hærede instituto, & ita est tex. expressus in *dicta l. debitor* contra communem, & responsiones Alexandri, & aliorum in *l. licet imperator supra de legat. 1.* omnes ex supradictis excluduntur.

Item hoc etiam est expressum in *l. cum pater in §. ab instituto infra, isto tit.* vbi relicta ab instituto à substituto debentur, sed nisi nominatim ab instituto essent relicta, sed simpliciter non dicerentur potius ab instituto relicta, quam à substituto, & ita stante regula, falsa est doctorum opinio.

Item est expressum in *l. ab exhæredati substituto in §. fina. supra de lega. 1.* Cum posthumo ita legatur [inquit *Paul.*] si hæres erit, & non nato posthumo substituti adeant, legata eos debere existimandum est, quæ ille, si viueret debiturus erat.]

Ideo post glos. hic *Christophorus de Castellion.* quem ibi sequitur *Cuma. in l. licet imperator, supra de legat. 1. & Paul. de Castro* etiam recedunt ab opinione communi, existimantes quod post rescriptum diui Seueri sine distinctione legata ab institutis relicta debeantur à substitutis, & coniunctis, etiam si nominatim relinquerētur, de quo rescripto fit mentio in *l. si Titio, & Mauio in §. Iulianus, isto titul.* & id refert *Vlpianus in d. l. licet imperator, supra de legat. 1.* denique omnes iurisconsulti post dictum, rescriptum distinctionem antiquorum inter legata nominatim, vel non nominatim relictum vt deberentur à substitutis reiecerunt: & nota quod istud rescriptum Seueri, fuit Seueri Septimij, qui fuit pater Antonini, & licet Antonino tribuatur in *l. non istam, C. ad senatusconsult. Trebellian.* hoc tamen dissoluitur ex Vlpiano in *d. l. licet imperator*, vbi inquit, licet imperator noster cum patre rescripserit.] Et ita illud rescriptum vidit *Papinia. & Paul. & Vlpianus, & Marcellus author. l. cum patronus*, quæ l. ita debet interpretari, & cessabunt omnia quæ confuse satis hic ponit *D. Petr. Peral. in 3. col. circa illam l.* non tamen id rescriptum vidit author nostræ l. Celsus, qui sub Traiano floruit & Hadriano, & quod rescriptum Diui Seueri in legatis nominatim relictis loqueretur, apparet, quia alioquin frustra fieret illud rescriptum, cum ex antiquorum regulis legata non nominatim relicta ab omnibus deberentur.

Sed huic opinioni obstare videtur, quod *Paulus iurisconsultus*, qui prædictum rescriptum vidit, in *l. si plures infra de legat. 3.* inquit, Quod si pluribus gradibus hæredum factis, quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his nominatim damnare debet.] Ecce quod nominatim relicta legata à solis nominatis debentur, sed *Christophorus de Castellio.* respondit ibi nominatim à Paulo sumi, id est expressim, vt ab vno solo debeatur. sed hic intellectus defendi non potest, licet verbum nominatim aliquando ita sumatur, vt in *l. si ita relictum, in §. Pegasus, infra isto tit.* sed hic ita sumi non potest, primo quia in hac materia quid nominatim significet, explicauit *idem Paulus*, quem supra retulimus in *l. nominatim inf. de lega. 3.* item quia in *l. si plures nominatim*, capitur ad differentiam simpliciter, & indiffinite relicti, ad nullum expresse verbis directis, inquit enim, Si plures gradus sint hæredum, & scriptum sit hæres meus dato, ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti hæc verba, Quisquis mihi hæres erit. itaque si quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his nominatim damnare deber.] 7

Ego existimo posse dici, vt *d. l. si plures*, debeat interpretationem recipere, vt legata nominatim relicta, non ab alio debeantur, vel quando relinquit à substituto nominatim, non enim tunc ab instituto debebuntur, quia non reperitur rescriptũ esse, neque debuit rescribi, vt relicta à substituto, institutus debeat, vel si

alia

alia diuersa legata ab aliis fecit, iuxta interpretationem elegantem *Vlpiani, in dicta lege licet imperator*, vel si tribus gradibus factis à primo, & tertio nominatim eandem rem leget testator, nam nunc manifestissimè apparebit hæc legata nominatim facta à secundo non deberi, non enim aliam interpretationem potest sumere hęc dispositio ita per saltum ordinata, argu. tex. *in l. 1. in fin. C. de liber. præterit. vel exhæredat.* illud certum est Vlpianum intellexisse rescriptum Seueri, quod loquebatur in substitutis, locum habere, etiam in coniunctis, vt *in d. §. Iulianus*, & ita fortè intelligendum est, quod ad Vlpianum *Iustinianus* refert, *in l. vni. in. §. ne autem, C. de caduc. tollend.* quod rescriptum Saluius Iulianus videre non potuit, neq; vt supra diximus, eo antiquior

8 Celsus pater, neque huius legis author filius, ideo in substituto hic contrarium respondit, & ille in coniuncto, in *dicto §. Iulianus*, sed in Celsi sententia, quodammodo erat côtradictio, nam in huius legis principio ferè contrarium eius, quod hic dicit, respondit, cum necessario ibi nominatim à liberto fuerit fideicommissum relictum, licet responden possit, vt dictum est in interpretatione *l. si ab eo, de vsufructu lega.* in fideicommisso à legatario relicto locum id habere, vt semper ab hærede debeatur, licet verius sit legem illam, cum Vlpiani sit post dictum rescriptum Seueri emanasse, quinimo ad eius interpretationem seruire, vt non solum in legatis, ab hæredibus relictis, sed & à legatariis locum habeat, vt non impediat nominatim esse fideicômissum, vt ab alio deberi possit, denique post dictum rescriptum legata nominatim relicta, à substituto, vel coniuncto debentur, nisi in contrarium euidens mens testatoris extendatur, vt *in dict. l. licet imperator*, & hæc est vera opinio côtra doctores cum Christophoro de Castellio & Cuma.

9 Sed *Alciat. in lib. præsumptio. in 2. regula præsumptio. 35.* existimat distinguendum esse inter substitutum, & coniunctum vt coniunctus legata nominatim relicta non debeat vt hic, sed substitutus, & quod *dict. §. Iulianus l. si Titio & Meuio*, quę à coniuncto deberi existimat, loquatur vbi non nominatim est legatum relictum, quod magis dilectus sit coniunctus, quam substitutus, cum ille priori loco, hic posteriori scribatur, vt *in l. Publius in § fin. infra de conditionib. & demonstrationib.* ideo verisimile est grauato instituto etiam nominatim, grauarum substitutum videri, secus in coniuncto, sed errat euidentissimè *Alciatus*, in multis, nam in ista materia argumentatur iurisconsultus, de substituto ad coniunctum, quia quasi substitutus sit *in dicto §. Iulianus*, item magis dilectus est substitutus, quam coniunctus, in portione illa, cùm substitutus coniuncto præferatur, ergo non dato substituto, non magis dilectus est coniunctus, quam esset substitutus, cum vterque in subsidium vocatus videatur, hic expressè, ille tacitè, ergo argumentum Alciati facit contra coniunctum, quia si grauauit magis dilectum, ergo & coniunctum in ea portione accrescente minus dilecto, & ita *Alcia.* non rectè intellexit istam materiam, nam regulariter magis fauetur substituto, quam coniuncto, vt in *l. 1. in § ad quod ex substitutione, infra ad l. Falcid.* ideo contingit, vt coniunctus legata soluere teneatur, ad quæ nô teneretur substitutus, vt in *l. quidem referunt, in princip. & in § fi. de iure codicillo.* multoque magis tenetur cohæres, quam substitutus, denique differentia Alciat. vera non est, sed vt dixi opi. Christoph. est tenêda, & cessant omnes difficultates, & inuolucra, quæ hic ponit *D. P. Peralta*, veniamus ad glo. & glo. 1. notat ex tex. quod portio deficiens accrescit sine onere.

Sed oppo. quod debeat accrescere cum onere, vt in *l. vnic. in § pro secundo. C de cadu. tollend.* Sol. secundum Dyn. & Alberi. hic tex. loquitur in pro non scriptis, ibi in caducis, & ita secundum eos respondetur ad principium huius legis, sed hæc solutio diuinat, & est falsa, quia coniuncto defertur pro non scriptum cum onere, vt in *l. ciuitatibus, in §. Lucius, supra tit. 1.* & infra dicemus, & ideo solutio clarâ, & vera est, quod hic legatum fiat nominatim relictum, ideo quomodocunque hęreditas non deferatur grauato, siue quia sit pro non scripta, siue caduca, siue quasi isto iure ante prædictum rescriptum sine onere defertur, quia hoc tempore legatum nominatim factum, personam grauati non egreditur, hodie secus, si verò non nominatim sit relictum iure isto, vel post constitutionem Seueri etiam nominatim, distinguendum est inter caduca, & pro non scripta, & inter hęreditates, & legata, & inter ius accrescendi, & ius substitutionis, & inter ius antiquum, & nouum Iustiniani, nam constituuntur hæ regulæ si portio grauata hæreditatis fiat caduca, defertur substitutis sine onere, vt in *l. quidam referunt de iure codicillor* quia loquitur in fortioribus terminis, quando inspecto testamêto non erat pro non scriptum, multo ergo magis si omni tempore hęreditas foret pro non scripta, licet *Bal.* aliter velit, & istam opinio. tenent docto. quos refert *Iason in l. licet imperator in nu. 56. de legat. 1.* coniunctis vero defertur cum onere, vt in *eadem l. quidam referunt, & in l. ciuitatibus in §. Lucius de legat. 1. & in l. si duobus in §. 1. eod. tit.* quasi cohęrede dato non possit dici pro non scriptum, quia licet persona sit pro non scripta, non tamen gradus, quod hodie non contingitur, nam tex. in *§. in primo in l. vni. C. de cadu. tollend.* qui tex. pro non scripta coniunctis, & substitutis defert, sine onere, non loquitur in hæreditatibus, sed in legatis, & ita in hęreditatibus antiqua distinctio inter coniunctos, & substitutos ibi non mutatur, maximè quia *Iustinianus ibi* nihil noui inducit, vt ipse dicit, se ius antiquum in pro non scriptis, intactum relinquit, verum est quod durum videtur tex. illum in legatis solum loqui, cum §. pro secundo, quê sequitur, & in hæreditatibus loquatur, & videtur durum, cum inter caduca, & pro non scri-

pta distinguatur, vnum §. loqui in legatariis tantum, aliud verò in omnibus tam legatariis, quã hęredibus, cum in eisdem personis loqui deberet, vt perfecta sit distinctio, nam quod tex. dicit nisi pro rato, non potest referri ad coniunctum in hæreditate, quis enim dicet rarius dari coniunctum in hæreditate, quam substitutum, item eadem est ratio in legatario pro non scripto grauato habente coniunctum, quæ in hęrede, cum in vtroque gradus non sit pro non scriptus, sed sola persona. Item verbum donasset, de quo in tex. in dicto §. in primo, generale est, vt hęredes comprehendere possit, licet non ineptè legatis potius applicaretur, nisi remaneret aliquid omissum, sed secundum doctores, in legatis tantum hic tex. est accipiendus, vt in hæreditatibus adhuc à coniuncto debeantur legata relicta, à coniuncto pro non scripto, imo & à substituto hodie per tex. *in §. his ita, eadem lege*, qui intelligitur, etiam in pro non scriptis, quod si æquitatem respiciamus non solum in hæreditate, sed in vniuersum pro non scripta, cum suo onere deferri, etiam in legatis æquius foret. nam licet *Iustinianus* naturali iuri consonum esse dicat, vt pro non scripta sine onere deferantur, tamen quis dubitet id potius subtili quodam iure, quam ex defuncti voluntate induci, nam testator, qui priori gradu positum, & dilectiorem in ea portione grauauit, quare & ille, ad quem non ex priori intentione bona deferuntur, non videbitur grauatus? ideo subtilitas illa potius est, quam æquitas, sed sic lex scripta est, ita tamen, vt deberet omnino corrigi, denique vt resoluamus caducum cum onere defertur, pro non scriptum cum onere coniuncto in hæreditate, substituto sine onere iure antiquo hodie cum onere per tex. in § *his ita*, in legatis verò sine onere defertur pro non scriptum, tam coniuncto, quam substituto ex mente doctorum, quos vid. in *dicta l. vnic. Imol. & alios in l. quæ conditio, infra de conditionibus & demonstrationibus*, sed in nullo ita clarè & breuiter reperies resolutum, & vide ad *dictam legem, quidam referunt Franciscum, in comment. iuris ciuilis in libro nono titulo quinto de codicil. in num. 4. & sequent.* vide vtrum aliquid boni dicat.

Vltimo pro plena huius tex. interpretatione, quæro quid significent illa verba in eo posita, non præstabit legatum, quod iure antiquo
11 capit, omissis glo. & docto. sententiis, respondeo, quod lex Papiniana, quæ caduca fisco concessit, filiis, & parentibus vsque ad certum gradum ius antiquum reliquit, erubuit enim eis iugum imponere, vt inquit *Iustinianus, in dicta l. vnic. de cadu. tollen. in princip. in versi. & cum l. Papia*, & legitur in libello, qui Vlpiani nomine circunfertur in *tit. qui habeant ius antiquum in caducis*, vbi inquit, item liberis, & parentibus testatoris vsque ad tertium gradum lex Papia ius antiquum dedit, vt hæredibus illis institutis, quod quis ex testamento non capit, ad hos pertineat, aut totum, aut ex parte prout pertinere possit.] & iterum *in tit. de caducis.* Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vendicantur, sed seruato iure antiquo liberis, & parentibus,] De isto iure antiquo tex. hic loquitur, & ideo in huius legis principio, & in isto §. fingitur species in filio, & in filia hæredibus institutis, non sine effectu, sed necessario.

Sed opponitur, quod in principio tex. non prodest filiæ istud ius antiquum in hoc, sed alij cui fideicommissum præstatur, adhuc legato caduco effecto, neque hic prodesset, si legatum nominatim non esset relictum, sed id fauore filiorum fuit inductum, ergo non loquuntur de isto iure antiquo, respondeo verum est prodesse alij etiam, quia ad quemcunque caduca vadunt, non sine onere transeunt, sed cum eo siue filiis, siue fisco deferatur, vel parentibus, nam in illo titulo de caducis post illum versiculum, in quo refertur Antonini constitutio, de caducis fisco vindicandis, vel filiis, vel parentibus, subditur alius versiculus, in quo dicitur, Caduca cum suo onere fiunt, ideoque libertates, legata, & fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hæreditas caduca facta est, salua sunt, scilicet & legata, & fideicommissa cum suo onere fiunt caduca,] denique etiam legatis caducis factis. fisco vel liberis delatis, onera eis adiuncta non deficiebant, facit optimus tex. *in l. quidam testamento, in §. quoties. de legat. 1.* vbi inquit *Vlpianus*, quoties l. Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, & legata & fideicommissa præstantur, quæ præstare cogeretur hæres, à quo relicta erant,] bonus tex. *in l. si seruus plurium, in §. si quis ante, eodem tit.* non enim plus debet habere filius, quam haberet fiscus qui ei ea bona reliquit, & ita non obstat, quod in *titulo de legat. præstand.* exteris non conseruentur relicta, quia 12
illa speciali fauore coniunctorum sunt inducta in omnibus, hic autem vt legata debeantur, ius commune est, quod obseruabatur etiam non concesso hoc iure filiis, & ita non habent hoc ex iure filiorum, sed iure proprio, & ita hic tex. debet intelligi, cuius sensum an alij fuerint assecuti, iudicabunt lectores; nos verò Io. Tilio acceptum ferimus, cuius opera dictus Vlpiani libellus editus fuit, qui licet fortè Vlpiani non sit, quod eius stilo non multum sit conformis, tamen vtilis valde est, est enim vel alicuius iurisconsulti, vel non indocti hominis, qui in multis antiqui iuris obseruationem demonstrat. Et *Emanuel de Acosta.* Lusitanus eruditissimus plurimas res difficiles ex eo optimè intellexit, & eas in *repetitio. sua in l. Gallus in §. & quid si tantum*, eo tacito apposuit, nobis tamen nostra sufficiunt, neque vnquam aliorum inuenta nobis vsurpauimus, neque eos à quibus didicerimus suam inuidebimus gloriam, vellent tamen, vt æqui lectores agnoscant, vtrum hæc l. his nostris scriptis sit satis explicata.

SVMMARIVM.

Ex l. quidam in testamento.

1 *Incertitudo publicæ causæ ratione non vitiat.*
2 *Ideoque neque in dote, neque in alimentis vitiat.*
3 *Res incerta non dicitur, quæ ex causa efficitur certa.*
4 *Opin. Cyn. rectè in hoc defenditur à Cuma. contra Bart.*
5 *Intellectus l. in testamento, infra de conditio. & demonst & defenditur nouissime sententia Cyn.*
6 *Verus sensus l. cum post, in paragra. gener. de iure dotis.*
7 *Subtilis interpretatio Cumani ad istam l. quæ subtilius reprobatur.*
8 *Inductio leg. domum supra de contrahend. emptio.*
9 *Singularis interpretatio l. refert. largiter, C. de fals. caus.*
10 *Inductio. l. 1. supra isto tit.*
11 *Noua interpretatio. leg. 1. Codice de dot. promissio.*
12 *Intellectus l. Stichus de legat. 3. & supra in numero 2.*
13 *An incertitudo vitiet iure canonico.*
14 *Incertitudo personarum quando vitiet legatum pium.*

CElsus. Quidam testamento ita scripsit. Reipublicæ graui scanorum lego in tutelam viæ reficiendæ, quæ est in Colonia eorum, vsque ad viam Aureliam, quæsitum est an hoc legatum valeat. Iubentius Celsus respondit, propemodum quidem imperfecta est hæc scriptura in tutelam Aureliæ viç, quia summa adscripta non est, potest tamen videri tanta summa legata, quanta ei rei sufficeret, si modo non appatet aliam fuisse defuncti voluntatem, aut ex magnitudine eius pecuniæ, aut ex mediocritate facultatum, quas testatrix reliquit. Tunc enim officio iudicis secundum æstimationem patrimonij, & legati quantitas diffiniri potest.
1 Opponitur cum glos. quod hoc legatum tanquam incertum non valeat, vt in *l. cum post, in paragra. gener. supra de iur. dot.* nam hic legati quantitas non fuit expressa, quæ ad viç refectionem relinquitur, sol. secundum glos. hoc iure singulari est inductum, quod publicam vtilitatem hoc legatum respiciat & causam piam secundum Dyn. quem *Alberic.* refert, & hoc vult *Bart. Imol. & Angel de Perigl.* & est communis opinio secundum *Alexandr. in l. 1. supra solu. matrimo.* vbi *Bar. in numero* 14. hoc idem renuit *& in l. ita stipulatus in 3. col. in num. 94. infra de verbor. obligat.* vbi *Ias. in num.* 13. dicit istã opinionem cõmuniter approbari, & vide *Tiraquel. in tractatu de priuilegijs piæ causæ in præfatio pagi.* 17. quem vide *in priuilegio* 55.

Addunt doctores vltra istum casum alia exempla, in quibus incertitudo non vitiat vtilitatis etiam publicæ causa; vt est dotis fauore, item etiam alimentorum ex mente glos. quç allegat bonas leges, nam si cui annum fuerit relictum sine adiectione summæ nihil videri huic ascriptum, Mela ait, sed est verior Neruæ sententia, quod testator præstare solitus fuerat, id videri relictum, sin minus ex dignitate personç statui oponebit,] vt refert *Vlpianus in l. si cui, infra de ann. legat. hic* allegat in glo. & eleganter *Valens in leg. penul. in princip. infra de aliment. legat. a gl. allegat.* inquit cùm alimenta per fidei cõmissũ relicta sunt non adiecta quãtitate, ante omnia inspiciendũ est, quæ defunctus solitus fuerat ei prestare, deinde quid cæteris eiusdẽ ordinis reliquerit, si neutrũ apparuerit, tunc ex facultatibus defuncti, & charitate eius, cùi fidei commissum datũ erit, modus statui debebit; idem si studij causa, vel addicendi artificij legetur, nã si testator dicat, Stichus liber esto, & vt eum hçres artificium doceat, vnde se tueri possit, puto, Pegasus inutile fidei commissum esse, ait, quia genus artificij adiectum non esset, sed Prçtor, aut arbiter ex voluntate defuncti & ætate, & conditione, & natura, ingenioque eius, cui relictum, statuerit quod potissimum artificium hçres docere cum sumptibus suis debeat,] vt inquit text. in *l. Stichus infra tit. proxim.* quæ intellige siue diuiti, siue pauperi hçc relinquantur, nam hæc legata ex natura sua fauorem continent, etiam si id à personæ indigentia non mutuentur, simpliciter enim sunt fauorabilia, vt *in l. cum hi in paragra. cam transactionem, in versicul. nihil autem supra de transactio.* vbi *Vlpianus* inquit, nihil autem interest vtrum libertini sint, quibus alimenta relicta sunt, an ingenui, satis locupletes an minus.] diximus supra in *l. si quis Titio,* licet pium vt ibi diximus appellari non possit, quando diuiti relinquitur; aliud enim est esse pium, aliud simpliciter fauorabile, licet omne pium est fauorabile, non tamen omne id, quod censetur fauorabile est pium, hoc enim specialius est, & ita secundum communem intellectum, fauor publicus refectionis viæ hic efficit, vt legatum incertum valeat.

Sed notandum est, quod *Petr. & Andre. de Pis.* quos hic refert *Alberic. & Cyn. in l. 1. C. de dot.*
promissio. & Cum. hic & in dicta l. ita stipulatus vbi 3
Petr. de Bexut. & Bal. nouell. quos *ibidem* refert *Iason. & idem Ias.* licet sibi male constans, volunt, quod prædicti casus nihil singulare contineant, sed iure communi procedant, quod regula illa, quç habet, vt incertum legatum, vel stipulatio vitietur, sit restringenda, vbi omnino res incerta remanet, sed vbicunque ex causa, ad quam refertur potest certum haberi, non vincit incertitudo, nam & hic legatum factum in viæ refectionem certum efficitur, quia potest videri tanta summa legata, quanta ei rei sufficeret,) vt text. inquit sic si pro dote, pro studio, vel pro alimentis legetur, nam tanta summa videtur legata, quæ ei rei sufficiat, ideo
4 non omnino incertum est, nam certum est

(inquit *Paulus*) cuius ſpecies, vel quantitas quæ in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque ſit oſtenditur,] in *l. certum, ſupra ſi cert. peta.* & licet forſan ibi certum clatius ſumatur, tamen ad effectum de quo quærimus, vt actus non vitietur, ſufficit eo modo rem poſſe certam effici, ſicut id, quod intereſt, quod alias incertum dicimus, poteſt certis finibus concludi, ideo in ſtipulatione id, quod intereſt, deduci poteſt, neque incertitudo vitiabit, nõ enim omnis ſtipulatio incerta inutilis eſt vt in *l. vbi autem non apparet, infra de verbor. obligatio.* optimus tex. in *l. ſi. de prætor. ſtipulatio. infra & per tot. infra rem pupil. ſalu. for.* & nota in *l. vni. C. de ſentent. quæ pro eo, quod intereſt*, ſed *Bart.* reprehendit hanc opinionem *in d. l. 1. ſupra ſolut. matrimo. & in d. l. ita ſtipulatus*, quia ſi hæc regula vera eſſet, nũquam legatum propter incertitudinem quantitaris vitiaretur, nam vt deficerent alia, ex benemeritis, ob quæ legata fieri ſolent, vt in *l. neque adiecit, ſupra pro ſocio*, quãtitas poſſet boni arbitrio æſtimari, & tamen leges legatum non habens expreſſam quantitatem, inualidum exiſtimant, vt in *d. § gener. & in d. l. ita ſtipulatus*, neq; probationem prędictam exigunt, vel admittunt, ergo
4 ſententia Cyn. vera non eſt, ſed *Raphael Cuma. hic* non ſubtiliter ad hæc ſatisfacit, quod in opinione Cyn. ex cauſa, ob quam legatũ relinquitur, certum efficitur legatum, ex cauſa inquam ſpecifica, non autem generali, & vaga, vt eſt meritorum, quæ vel omnibus legatis ineſt, incerta tamen, imo & ſępe non ineſt, vt in *leg. extraneum. Codice de hæred. inſtituendis.*

Item poſſumus melius reſpondere, quod in opinione Cyn. verſatur cauſa, ad quam fit legatum, & effectus ipſe, quem reſpicit legatum, ex quo cauſa determinatur, cauſa vero de qua in *l. neque adiecit*, non reſpicit effectum, ſed eſt cauſa impulſiua, & vaga, ex qua non poteſt fieri determinatio.

Videamus quę harum opinionum verior ſit, mihi videtur Cyn. & Cuma. interpretatio veriſſima eſſe, & validiſſimis rationibus eam comprobauimus, quia ipſi lęuiter examinant, & in primis nõ dubito, quin dos, & pia legata, & quę ad religionem pertinent, priuilegiũ aliquod habeant, vt ea incertitudine non vitiẽtur aliquãdo, etiam ſi alia legata deficerent, nam ſi ſepulchrum fieri iubeam ſimile illi, quod in via Salaria Publio Septimo extructum extat,
5 etiam ſi id non reperiatur pręceptum ſepulchri non vitiabitur, ſed ex facultatibus, & dignitate defuncti exiſtimandum eſt, quale conſtrui debeat, vt in *l. in teſtamento quidam infra de conditio. & demonſt.* ibi, ſin autem voluntas eius ignoraretur, pœnam quidem nullam vim habere, quoniam quod ad exemplum fieri iuſsiſſet, id nunquam extaret, monumentum tamen omnimodo ſecundum ſubſtantiam, & dignitatem defuncti extrui debere,] quæ ſententia vera nõ eſſet, ſi religionis cauſa remoueretur, licet legatum monumenti non ſit pium, vt diximus in *l. ſi quis Titio, in ſi. e. d.* finge Titio domum inædificare damnatum hæredem qualẽ Septimus poſſidet, ſi nunquam domus Septimi ſit legatum vitiabitur, vt in *l. 3. in § ſi quis inſulam ſupra de eo, quod cert. loco* vt infra dicemus, ſed vbi incertitudo non eſt tanta, ſed talis quæ ex effectu legati poteſt certum effici, puto incertum legatum valere iure communi ſine vllo priuilegio, & vera ſit opinio Cyn.

Pro hoc validiſſimum eſt argumẽtum, quod de eo, quod intereſt ſupra diximus, quod in legatum, & ſtipulationem deduci poteſt, licet incertum ſit, quia poſſit ex facto, incertitudo tolli, vt in *l. quatenus de regul. iur.* ſicut ex ipſa extructione viæ, legati quantitas poteſt intelligi, & hoc manifeſtè oſtenditur, quia factum legari poteſt iure communi, vt in *l. fideicommiſſa, in § ſi quis opus infra de legat. 3.* licet in republica loquatur, quare non idem in priuatis, vt operis legatum valeat, cum poſſit id in ſtipulationem deduci? vt in *d. § ſi quis inſulam*, ergo valet iure communi legatum ad inſulam tali loco ædificandam, ad viam talem reficiendam, molendinum tali loco conſtruendum, nam ſi valet legatum ſerui in genere, quare non valebit pecunię legatũ ad ſeruũ emendum. ſi valet legatum, vt hæres viam ad fontem extruere teneatur, vt valet ex ſupradictis, quare pecunia ad eam extruendam quantitate non expreſſa legari non poterit? Hæc autem omnia valent iure communi, etiam ſi nulla publica cauſa verſetur, vel pietas, vt probatur in *l. legato generaliter ſupra de legat. 1. & in l. inſulam, & in l. ſi inſulam, infra de verb. oblig. & in l. ita ſtipulatus, & in l. exiſtimo in § fi. & in l. vbi autem non apparet in § qui id quod, eodem titu.* & probatur in *leg. mortuo boue in paragra. fin. infra iſto titu.* & ideo ſi legetur pecunia ad domum, vel inſulam certo loco conſtruendam, valebit legatum, vt in *dicto paragra. qui id quod, & in dicta leg. 3. in dicto paragra. ſi quis inſulam*, licet non valeret loco non deſtinato, vt ibi & in *l. ſi domus, de legat. 1.* & ita leges ſupradictæ, quę de alimentis, dotibus & alijs ſimilibus ſupradictis loquuntur, iure communi procedunt, vt expreſſe probatur in *dicta leg. cum* 6
poſt in paragra. gener, ſupra de iure dot. vbi non ſit vis in dotis fauore, ſed in natura ipſius rei, quæ in ſe non eſt corpus ignotum, inquit enim vbi *Papinianus* gener à ſocero arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata quantitate, ſtipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto, ſtipulationem valere placuit, nec videri ſimiles, quod fundo non demonſtrato, nullum eſſe legatum, vel ſtipulationem fundi conſtaret, cum inter modum conſtituenda dotis, & corpus ignotum differentia magna ſit, dotis etenim quantitas, pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt.] Ecce quod text. non tam dotis fauorem, quam quod natura rei hoc exigit, ſtatuit incertę dotis promiſſionem valere, quia ſecum habet cauſam, à qua

recipit

recipit determinationem, &ita vbi ex causa le-
gatum potest esse certum quantitatis incertitu-
do non vitiat, & hæc est veritas contra Bart. &
communem cum Cyn. *Raphael. Cuma. & alijs*, qui
sunt eiusdem opinionis.

7 Notandum tamen est, quod idem Cuma. hic
subtiliter (vt solet) existimat, licet in priori par-
te huius nostri text. non si aliquid singulare in
legato ad reficiendam viam, sed iure communi
defendatur, tamen in secunda parte tex. in quo
quantitas patrimonij non potest nos certos ef-
ficere, quod fauore publicæ vtilitatis, quæ in re-
ficienda via publica versatur, recurratur ad bo-
ni viri arbitrium, neque incertitudo vitiet, quæ
alias vitiaret, quia remanet incertitudo, quæ ex
quantitate patrimonij non potest excludi, sed
certè licet sit valde subtilis hæc interpretatio, &
aliquando mihi nondum viso Cuma. placuerit,
nunc tamen placere non potest, quia vbi ab ini-
tio ex re ipsa actus certus indicatur, licet ab ea
certitudine necessitatis, vel æquitatis causa re-
cedatur, ita vt ea quantitas sit diminuenda, non
ex eo dispositio vitiatur, sed iudicis partes sunt
in ea moderanda, vt *supra isto titulo in leg. 1. in fin.*
cum ibi notat. in eo, qui malè arbitratur, nam
tunc quantum necessarium sit ad viam ex-
truendam certum est, sunt enim necessaria pura
mille, & ita videtur certum legatum, & licet
quia exiguum est patrimonium, sit detrahen-
dum ex mille, non vitiabitur dispositio, quæ re
ipsa certa erat, sed iudex arbitrabitur, & pro
hoc est text. in *l. domum, supra de contrahend. emptio.*
8 *in responsione Neratij iuncto fine illius l.* cum igitur
legatum adiecta causa: incertum dici non pos-
sit, licet ex eo, quod bona non sufficiant, incer-
tum quodammodo reddatur, non tamen id ef-
ficit, vt vitietur iure communi legatum etiam
priuilegio excluso.

Sed contra omnia supra dicta vrgere videtur
9 tex. notandus in *l. refert largiter C. de fals. caus. adiect.*
legat. vbi causa incerta non efficit legatum cer-
tum, vt valeat iure communi, si remoueas
dotis priuilegium, vt si dotem, quam cum Ti-
tia accepi legaui, nulla accepta dote, quia cessat
dotis priuilegium in dote simulata, vitiatur le-
gatum propter incertitudinem, sed ex dignitate
personarum, & patrimonij viribus ita potest es-
se certa dos falsa, sicut vera, nam sicut verè pro-
missa dote quantitate non adiecta, censetur
dos certa, ita nulla promissa certum est quan-
tum promitti æquum foret, vt in *leg. quæro supra*
de iure dotium. & in leg. si filia pater, alias si pater filia
infra titulo proximo, ergo si hic vitiatur, hoc lega-
tum, apparet ob id esse, quod cessat dotis priui-
legium, nec sufficiat ex causa posse certum con-
iectari. soli supra dicta procedunt in causa, quæ
futurum respicit, non in causa præterita, quia,
quæ nam dos debeat constitui certum esse po-
test ex dignitate, & patrimonio generi, & soce-
ri, sed quanta sit data in præteritum constare
non potest ex hoc, cum sæpe sit factum, quod
non oportuit fieri, & ideo, cum fiat relatio ad
dotem datam, & non ad eam, quam dari opor-
tuit, omnino res est incerta, & vt explicemus
clarius dico; quod dos constituenda potius in
iure consistit, constituta vero in solo facto, quod
non potest extrinsecus comprehendi, & ita quę
data dos sit incertum est, quæ vero dari debeat
certa, vt *supra eod. in l. 1. in fi.* ideo cum constitutæ 10
dotis modus in solo facto versetur, quo non ap-
parente res omnino incerta remanet, similis
distinctio inter dotem, quæ iuris sit, & illā quæ
est meri facti, constituitur à *Iabol. in l. Mæuio in §.*
à me herede inf. isto tit. & ita intelligi potest text. in 11
l. 1. C. de dot. promissio. quæ est *l. fortis* contra *d. §. ge-*
ner. vt velit ille text. quod si sit dictum promis-
sam fuisse certam dotem, si de ea non constet,
non potest de dote agi, quia de dote præterita
non futura loquitur, quæ quanta vel qualis fue-
rit, in mero, & nudo facto consistit, ideo ex
promissione agi non potest, sed maritus aliunde
si de iure sibi debetur, dotem constituere pa-
rentem, vel vxorem si bona habet, compellat,
sed non ex promissione agere poterit, & iste est
singularis intellectus, quem nullus doctorum
est assequutus.

Vnum tamen est notandum circa supradicta 12
quod in specie text. in *d. l. Stichus inf. tit. proximo*
opus est coadiuuari legatum ex priuilegio, quia
artificium quod debeat doceri non exprimitur,
si enim expressum esset, certum legatum esset
etiam quantitate non expressa vt hic cogita cir-
ca hoc.

Item add. quod licet de iure ciuili incertitu- 13
do vitiet stipulationem, & legatum, tamen de
æquitate canonica secus est secundum *Archi-*
diac. in c. sunt nonnulli. 1. q. lāt. *Ias. in l. triticum, in 2*
col. de verb obligatio. & Fel. in c. cum iuramento extrau.
de homicid. quasi ius canonicum quasdam æqui-
tates ineptas admittere debeat, & rusticorum
quędam iudicia agnoscat. quod dicendum non
est, neque enim ius ciuile ab æquitate naturali
abhorret, ideo hæ differentię non sunt admittē-
dæ, vid. quæ diximus de actionibus bonæ fidei,
& stricti iuris in lib. 3. istarum interpreta. in c. 3.

Vltimo nota quod in causis pijs incertitudo
non vitiat, siue incertitudo versetur circa perso-
nas, siue circa res, vide *doctor. in l. id quod pauperi-*
bus C. *de episc. & cler.* & per *Socinum in l. si quis de*
pluribus, & in l. quidam relegatus infra de reb. dub. nu.
12. Ias. in dict. l. ita stipulatus in num. 13. infra de verbo.
obligatio.

Sed opponitur quod legatum pium vitietur 14
incertitudine, nam hoc contingit in libertatis
legatio, quæ vt inquit text. in *l. libertas infra de reg.*
iur. omnibus rebus fauorabilior est,] vt probatur
in *dict. l. si quis de pluribus, infra de reb. dubijs*, vbi in-
quit *Modestinus*, si quis de pluribus vnum ma-
numitti voluerit, neque appareat de quo ma-
numittendo testator sensit: nulli eorum fidei-
commissaria competit libertas.] ego puto, quod
vbi de certa persona sēsit testator, nec appareat
de qua senserit, vitietur legatū etiā piū per illam
l. quia si solueretur, nō impleretur defuncti vo-

luntas, nec ei solueretur, cui testator dari voluit, secus si solius pietatis, non personæ habuisset rationem testator, tunc enim in piam causam posset fieri distributio argum. *l. legatum, de administra. rerum ad ciui. pertinentium, & in l. fin. infra de operib. public*, & hoc voluit *Tiraquell. in tractat. de priuileg. piæ caus. priuil. 56. in fi.* licet malè glos. *in l. id quod pauperibus C. de episcop. & cleric. dict. leg. si quis de pluribus*, velit in sola libertate procedere contra text. expressum in *l. fuerit de reb. dub. infra & leg. duo sunt Titij supra de testament. tutel.* vid. quę dicemus infra in *leg. qui testamento mutiliter.* vid. de materia *doctores in cap. indicante extra de testament. Decium in consil.* 182. *in numero secundo* & de incertitudine plura Hippolyt. *in rubrica. Cod. de probationibus in numero* 354. *cum sequentibus multis, & Tiraquell. in tractat. de primogen. in quæstio.* 17. *in* 6. *opinio.* & quæ diximus in *leg. si quis seruum in §. si inter duos supra eodem.*

SVMMARIVM.

Ex l. Si quis quos.

1 *Hic legatarius est nudus minister secundum doctores.*
2 *Distinctio vtrum teneatur statim vel ex interuallo manumittere, vt sit nudus minister.*
3 *Differentia inter contractus, & vltimas voluntates in hoc.*
4 *Antinomia harum legum, quam non prauidit Tribonianus.*
5 *Ponitur intellect. Soci.*
6 *Nouus sensus vltra doctor.*

Modestinus. Si quis quos non poterat manu mittere, legauit vt manumitterentur: nec legatum, nec libertas valet.] Difficilis est hæc lex adeo, vt ingenuè fatear me non satis eam intelligere, sed vt alij eam melius possint interpretari, tangemus difficultates quas, vt poterimus explicabimus, & opponitur primo etiam si libertas non debeatur, legatum serui factum, vt manumittatur, tenet, & seruus remanet apud legatarium, vt *supra eodem in leg. si quis*
1 *Titio.* Solutio ex mente glos. in hoc text. ille, cui manumissio fuit imposita, erat nudus minister, statim enim fuit rogatus manumittere, & ad hoc solum fuit factum legatum: non vt ipse ex seruo vtilitatem aliquam consequeretur.

Sed hic intellectus defendi non potest, quia legatarius est, & titulum haber, ideo non potest dici nudus minister, cùm vt possit manumittere in eum dominium transire necessum sit, etiam si statim manumittere debeat, vt in *leg. pen. C. de manumiss. vind. & in leg. si quis alicui, in §. 1. supra mandat. iunct. leg. cum proponas. C. de dolo item hæc* Sol. est contra text. expressum in *l. si quis eum infra de conditionib. & demonstrationib.* vbi ponitur eadem species, quæ in isto text. & contraria decisio. inquit enim *ibi Paul.* Si quis eum, quem ipse manumittere non poterat, ligauerit ita, vt cum legatarius manumitteret: & si à legato non repellatur, non est compellendus, vt manumittat, quoniam toties secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil sit futurum. idque Neratius scripsit, & tamen à legato non esse eum repellendum: quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc seruo, quam hæredem habere voluisset.] Certè difficile est congruam aptare responsionem, quare enim magis hic quàm ibi dicetur nudus minister, ibidem enim, sicut & hic purè libertas à legatario fuit relicta, cùm non appareat diem, vel conditionem appositam, ideo intrat regula *l. in omnibus obligationibus, infra de reg. iur.* & ideo intellectus *Bart. in leg. codicillis* 1. & 2. *colum. infra isto titu.* quod hic purè, ibi ex interuallo erat seruus manumittendus defendi non potest, nec potest dici hic nullam vtilitatem legatario relictam, cum saltem ex manumissione ius patronatus esset consequuturus, quæ maior vtilitas est, quã seruitus vnius mensis, si post mensem deberet manumittere. Item hic intellectus Bar. est contra dict. l. si quis Titio, vbi in continenti legatarius fideicommissum præstare erat grauatus, ita quod nullo tempore re legata vti poterat, neq; vtilitas apud eum esset remansura, si Mæuius mortuus non foret, licet prędictus *Bar.* intellectus communiter recipiatur secundum Imol. & secundum *Soc. in d. l. si quis eum, & Corne. in l. vni. in § in primo C. de caduc. tollend.* quem tenet etiam *Albéric. hic.* denique intellect. Bart. magis communiter recipitur, quod hic legatarius fuit nudus minister respectu commodi, licet non respectu tituli, & hoc sufficit, vt deficiente gravamine deficiat legatum, quod & *Paul. de Castro* probat, qui intellectus est contra *d. l. si quis Titio, & dict. l. si quis eum,* in quibus idem est, quod in hoc textu in facto, licet in iure contrarium respondeatur, præterea legatarius iuris interpretatione cum habeat titulum, habet vtilitatem in potentia, vt si deficiat onus, remaneat res apud eum, & hæc est vtilitas tituli, ergo quoad hoc non potest dici nudus minister, quia hęc vtilitas inest in titulo, vt in *l. Celsus sup. isto titu.* & fere per *totum. C. de caduc. tollend.* denique cum sit hæc natura rei, hæ coniecturæ leues an statim, vel ex interuallo debeat restituere legatarius, non sunt tales, vt eam tollant, imo vix est, vt sine expressa voluntate defuncti hoc admitti possit, vt habens titulum sit nudus minister, cum repugnet naturæ negotij, ideo opus est, vt discrete hoc explicetur, vt in *l. si ita donatum, de dona. caus. mort.* non autem ex his, quę simul stare possunt, est corrumpenda rei natura, sed stare simul potest, vt statim debeat manumittere legatarius vel restituere, & non sit nudus minister, ergo id non efficiet, vt sit cum sit contra tituli sui naturam, qui ius habet in seruo non nudi facti ministerium, imo dominium serui manumittendi

in eo

in eo coalescit, & iuris producit effectus; & maximos, cum sit futurus eius patronus.

Vnum perpetuo nota quod vt summatur priuilegium vel ex persona legatarij vel fidei commissarii legatarius semper habetur pro nudo ministro, & ita inspicitur qualitas solius fidei commissarii, tex. est singularis, & elegans in *l. 3. in § item si quis inf. de legat. praestand.* optimus tex. in *l. cum dotem inf. ad l. Falcid.* Verum est, quod prædicta distinctio Bar. an statim, vel postea sit seruus manumittendus, vt altero casu nullum ius legatario competat, videtur probari ex text. eleganti in *l. Aristo. inf. de donationibus*, cuius tex. inductio clara est, sed ad illum text. dicere potest quod idem met text. probat quid actum sit inspiciendum fore, vt si donatio insit non sit nudus minister, alioquin nudus sit minister: in vltimis autem voluntatibus non est opus id actum esse, cum ex natura sua quæ ad donationem vergit, vt ex legati diffinitione apparet, constat legatarium non esse nudum ministrum, ideo ea lex solum in contractibus, in quibus donatio fieri potest, reiiciatur accipienda est, præterea modus impossibilis nunquam legatum vitiat, & multo minus, quàm conditio, quare ergo modo hic manumittendi reiecto, non remanebit legatum firmum, & sine onere: vid. glos. in *l. si non donationis. C. de transactioni.* text. in *l. si Titio pecunia. supra de legat.* 1. diximus late in *l. seruo manumisso supra de condict. indebit. supra in libr. 2. in c. 1. & in cap. 3.* vbi specialius, denique negari non potest istum tex. maximas pati difficultates, & pugnare cum tex. expresso in *dict. l. si quis eum*: ideo puto esse antinomiam insolubilem, quam non vidit Tribonianus neque alij copilatores, neque est mirum cum homines essent, sed in hac contradictione negari non potest magis iuri consonam opinionem *Pauli iurisconsulti in dict. l. si quis eum*, quam Modestini hic, nam licet plures adaptentur interpretationes ad istas leges, nulla earum defendi potest, eas figulatim connumerat, & reprob. *Socinus in dict. l. si quis eum.* & ita omnes oppositiones, quæ fiunt contra istam legem vno verbo dissoluentur, quod potius sit attendenda dispositio *dictæ l. si quis eum.*

5 Sed cogitabam si dici possit eum *Soci. ibidem* vt hæ leges concilientur, quod hæc l. loqtur quando serui, qui legantur vt manumittantur ex conditione sua non possunt ad libertatem peruenire, ita vt neque testator, neque legatarius eos manumittere posset l. aut, *si quis eum*, loquatur de seruis, qui sua conditione manumitti non prohibentur, licet eos testator manumittere non possit.

Et pro hac interpretatione vltra Soci. & alios considerabam, quod in *dict. l. si quis eum*, ponitur inter pretatio Pauli iurisconsulti ad *l. Fufiam Caniniam*, in qua prohibentur plures serui in vltima voluntate manumitti, & ita prohibitio illa non infert vitium seruo, vt manumissibilis (vt sic dicam) non sit, sed prohibet testatorem vt apparet ex *tit. instit. de l. Fusia Caninia tollend.* & ita vbi seruus manumitti de se potest, remanet apud legatarium impedimento per *l. libertate*, vbi vero seruus simpliciter ex conditione sua ad libertatem perduci non potest, si in continenti foret manumittendus, neque libertas, neque legatum valeat, sed hæredis seruus remanet, & ita ex Modestino constituitur regula in seruis, qui ex sua conditione manumitti non possunt, vt legatum vt manumittantur non valeat, neque sit vtile seruo neque legatario, quæ regula non procedet, vbi impeditur manumissio non ex conditione serui, sed ex persona disponentis, qui proderit tunc legatario legatum; quasi non possit causam hæres id non potuisse testatorem quasi ei vitium inferat: quæ sit ratio discriminis inter has species non satis percipi potest, minimum cum non omnium quæ à maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, vt inquit *Iulianus in lege non omnium supra de legibus*, sed ego credo quod neque *Modestinus ipse* istius suæ legis rationem reddere posset, ideo hic intellectus verus in se & speciosus placere non potest, verus inquam, quòd in ea specie loquatur *Paulus*, sed non placet restringatur ad eam speciem, sed regula fiat generalis, quæ ex multis supradictis legibus iam non est constituta.

Forsan hę leges poterunt conciliari alio modo, & erit intellectus, qui literę huius legis applaudere videtur, quod hic fingantur species quando testator seruis manumitti non poterat in fraudem legis libertatem legauit hoc non expresso, sed tacita fide à legatario accommodata, tunc enim neque legatum, neque libertas valet, hoc aut hic contigisse suadetur, quia non fingitur species quomodo fuit facta dispositio, sed ponitur generaliter, quasi verba præscripta in testamento non fuerint, sed aliquo ex modis fuerit relicta de quibus in *l. in fraudem infra de his quib. vt indign. in principio sed in l. si quis in eum*, fingitur species fraudis, quæ fuit expressa, ideo non fuit tacita fraus, quę solet vitiare, non expressa, vt in *lege 3. in principio & in §. 1. infra de iure fisci*, ad hunc intellectum potest sumi qualis, qualis coniectura, quod vt ex recentiorum diligentia apparet, hæc lex sumpta ex libris regularum Modestini in quibus aliqua ad fiscum pertinentia tractantur, vt apparet *ex lege bonorum infra de iure fisci*, si illos libros heberemus, melius hæc possemus enunciare, cogitabis vos an AEdipi vsurpemus vices, sed in re adeo obscura omnia tentare non est ineptum, neque opus est nunc quærere, an vbi fisco locus apperitur dicatur legatum valere, vel non, quia hæc nostram interpretationem, si alias secuta foret, non subuertit.

Franc. Sarmentus.

SVMMARIVM.

ex l. Omnia.

1 *Legatum debetur ab adita hereditate.*
2 *Quae actio detur hodie pro legato scripto herede non adeunte.*
3 *Intellect. l. quod dicimus inf. de solutionib.*

Modestinus. Omnia quæ testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditæ hæreditatis præstantur.]

Opponitur quod ante legata debeantur, quia dominum rei legatæ transit à morte testatoris vt in *l. 1. in principio C. communi de legat. & in l. 2. Titio infr. de fur. Sol.* aliud est in dominio, aliud in actione personali ex testamento, quæ oritur ex quasi contractu, qui fit per hæredis aditionem, quæ obligatio nihil commune habet cum dominio, quod nullam præsupponit obligationem, vt in *§. omnium inst. de actio.* imo actiones personales dominium abhorrent, sed qualiter in legato concurrere possint, diximus late in libello de reddit. ecclesiast. in 3. parte in c. 2. in nu. 6. cum seq. imo neque quo ad dominium ante aditionem est ius considerabile, cum ex aditione dependeat legatorum confirmatio, & omnium in testamento contentorum. vt in *l. si nemo inf. de reg. iur.* aditione tamẽ sequuta à mortis tempore dominiũ censetur quęsitum, non sic. in actione personali, quæ sine persona produci non potest: & adde quod aditio hęreditatis requiritur non solum quo ad relicta in testamento, verum etiam quo ad relicta ab intestato, quia requiritur aditio hęreditatis ab intestato, vt *l. 2. infra de fidei cõmissa. liberta.* quod tenet *hic Paul. de castr. & Angel. de Perug. in l. qui filio. in §. seruus supr. de hered. instituend.*

Sed opponitur quod legata dicantur debita à morte testatoris, quia fructus & accessiones à die mortis peti possunt, vt in *l. si tibi homo. in §. cum seruus supr. de lega. 1.* Sol licet hæc veniant à morte testatoris, incipiunt tamen deberi ab hærede ab adita hereditate dicemus forsan *infr. in l. cum seruus.*

2 Sed quęro cum hodie per leges nostri regni valeant legata & omnia alia etiam non adita hæreditate ad hærede scripto, vel etiam non scripto aliquo hærede, que actio competet? videtur quod condictio ex illa lege, sed ego puto quod detur actio ex testamento contra hæredem ab intestato agnoscentem hæreditatem, quia lex dat vires tali testamento, ergo oritur actio ex testamento per tex. cum his quæ ibi notat *Bar. in l. si. duo patroni, in §. si quis iurauerit sup. de iure. iurando.* & hęc est veritas, & tac. quæ notat. *Bart. in repet. in lege omnes populi in fi. col. in princ. supra de iustit. & iure, & in lege de quibus in col. pen. in fi. in lect. & in repetitio. in col. 8. in num. 19. supra de legib. & in lege f. in col. fi. infra de publ. iudic.* & diximus in lib. primo harum interpret. in c. 3. in num. 8. puto tamen quod si adire legitimi nollent ad fiscum bonis delatis legata sustineantur & peti actione ex testamento, quod adhuc valet, poterunt, quod si neque fiscus velit curatore bonis dato soluebuntur, & tunc non actione ex testamento, quia nullus est, qui obligatus reperiatur, sed officio iudicis, sicut enim vbi ex persona agentis deficit persona cui obligatio competat, officio iudicis voluntas testatoris est implenda, vt *in l. hereditas etiam in fi. supra de petitio hered.* idem dicemus vbi deficit persona, quæ passiue reperiatur obligata, cum actio personalis oriri non possit, nisi sit persona, quæ teneatur, & ex his remanet explicata *dicta l. ordina* fusius *hic D. Petrus Peralt.* loquitur circa eam, & alia quæ tamen breuius, & clarius per nos sunt resoluta, qui satis inuoluitur quomodo dicatur hæres contrahere cum testatore cum iam sit defunctus, quæ res expediri facile potest cum hæreditas vicem testatoris sustineat, eiusque personam repræsentet.

In tex. ibi conditione scilicet tacita, vel expressa, vid. *Barto. post glos. 1. & vid. glo in verbo ex die*, ex qua nota per text. quem allegat in *l. quod dicimus, infra de solutioni.* quod licet quando obligatio est pura statim debeat fieri solutio, non tamen adeo statim, vt non sit temperamento intelligendũ, neque enim promissurus pure secum debet afferre pecuniam, vel hæres cum sacco pecuniarum adire hæreditatem, vt statim exoluat legata, vel debita pura, & ita *illam legem quod dicimus* intelligit *Alci. in lib. 2. parerg. in c. 8.* & vi. in *Chiliad. bus in adagio Cum sacco adire,* vbi recitatur littera illius legis, sed corruptè, vt & vulgo circũfertur vera litera est quod dicimus hæredem, licet vulgo habeatur in eo hęrede, in tex. ibi sine die s. certo vt differat à conditione, & tunc non præstantur ante quam dies venerit, licet ante cesserit, vt in *l. cedere diem infr. de verbor. signifca. & in l. 1. supra quand. die. leg. vsus fruct. ced. & in l. vni. in §. 1. C. de caduc. toll. & infra isto tit. in l. si ita scriptum in §. sub conditione.* 3

SVMMARIVM.

Ex §. fundum.

1 *Pœna l. non dubium habet locum etiam in legato conditionali.*

§. 1. Fundum ante conditionem completam ab hęrede non traditum, sed à legatario detentum hæres vindicare cum fructibus poterit.) 6

Facit tex. in *l. non ideo minus supra de rei vendicatio. & supra eod. in l. statu liberum in princ.* sed vtrum si propria auctoritate accipit legatum incidat in pœnam *l. non dubium. C. isto titulo,* vt amittat legatum Paul. nescio quid immurat, *Ang. de Perugl.* remittit se ad nota in *dict. l. non dubium. D. Petrus de Peralta,* existimat non

non incidere in pœnam dictæ legis, quia non potest amittere id, quod nondum habet conditione non impleta. facit text in *l. 1. in* §. 1. *de annal. exceptio.* C. & tex. *in l. fi. in* §. *donec C. de iure delib.* vbi ius nondum productum præscriptione tolli non potest, alia alleg. D. *Petrus*, ego potius crederem etiam in legato conditionali, & nondum adueniente conditione habere locum pœnam dictæ legis non dubiũ, quod qui spem solam habet non minus à pœna immunis esse debeat, quam qui ius iam habeat, vt in *l. Sempronius Attalus infra de vsufruct. legat. in fi. princip.* non obstant superius allegat. quia non tollitur ius non ortum ex non facto, sed ex delicto quod in facto consistit etiam ius nondum quæsitum impeditur, & sibi præiudicat, ita vt adueniente conditione ab actione excludatur, si prius erat res ab herede recuperata, & hoc quando pœna non est extra rem: si enim esset extra rem, contrarium crederem, vt in *c. 1. in* §. *insuper de prohib. feud aliena. per Federic. & in c. 1. in* §. *illud de capitan, qui cur. vendid.* cætera vi, per *Angel de Perigl. hic* qui bene explicat istum tex.

SVMMARIVM.

Ex §. cum ita.

1 *Appellatione rerum homines serui comprehenduntur.*
2 *Quid de vassallis.*
3 *An iura loco comprehendantur remissiuè.*

§. Cum ita legatur illi hoc amplius fundum illum cum omnibus rebus, quæ in eodem fundo erunt mancipia quoque continentur.

Not. quod appellatione rerum, quæ sunt in certo loco veniunt etiam res se mouẽtes vt serui, intellige de seruis illi fundo seruientibus, alias secus esset, cum neque pecunia ibi posita veniret, vt in *l. si mihi Mavia in fi. infra de lega* 3. de quo lat. *Pinel in l. 1. in 2. parte in num. 46. et seq. infr. de legat* 3. sed opponitur quod appellatione rerum homines non comprehendantur, personę enim rerum appellatione non veniunt vt in *l. 1. supra de statu hominum.* Sol. seruus licet iure naturæ æqualis sit aliis hominibus, iure tamen ciuili non habetur pro persona, vt *in l. quod attinet infra de regul. iur.* & hæc fuit ratio dubitationis istius tex. & tex. in *c. nulli extra de reb. eccles. non alienand. & in c. episcopi*, quinimo & vassalli respectu iuris, quod in eis habemus; rerum nostrarum appellatione comprehendentur, quia verba secundum materiam subiectam sunt accipienda, vt in *lege quos nos, infra de verbo, signi. in* §. *locuples*, & facit tex. in §. *quod autem instit. de legi. agnato tutel.* & vi. quæ ponit *Iass. in l. serui electione in* §. *labeo in num. 8. supr de lega.* 1. an autem iura loco comprehendantur vi. *l. Caius inf. eod.* diximus latè in istis nostris interpretationum libris.

SVMMARIVM.

Ex l. cum ita.

1 *Inducitur hic text. ad quæstionem.*
2 *Factum creditoris non potest ampliare obligationem.*
3 *De interpretatione l. si ex toto.*
4 *Quod si post mortem testatoris non pertinent ad legatum.*

L. Cum ita legatur, quidquid in horreo meo erit: & is cui legatum est, ex rebus non legatis, ignorante eo ampliandi legati sui gratia in horreum intulerit: quod illatum est, non videtur esse legatum.]

Iste tex. fac. ad declarationem præcedentis, & istum tex. notat *Bart.* ad quæstionem & facit, vt notat etiam *D. Petrus Peralta ad declarationem l. regni nostri*, qua cauetur vt vxor lucretur 1
lectum commune, quod si mulier ampliandi lucri à lege declari causa plures culcitras, vel toralia immitteret, non proderit ei talis fraus, vt hic, ratio est, qui factum creditoris non debet debitori nocere, nam & si recipio in me 2
casum, non videor recipere illum, neque mihi imputatur qui ex facto aduersarij contingit, vt in *l. pen. C. de naut. fano.* idem si non facto eius, sed causa eius contingat. vt in *l. si merces in* §, *culpa supra locat.* facit tex. in *l. in his in princip. supr. soluti. matrimon.* & intellige text. nostrum non solum vbi à legatario est res illata, verum à quocunque erit illata sine testatoris voluntate vel scientia idem erit quia testatoris voluntas ea non comprehendit, vt in *l. mater decedens supra de in officios. testa.* & hoc est expressum in *l. pen infra de aur. & argent. legat.* qui tex. impersonaliter loquitur, & diuinatio maxima foret legatarii ibi factum supplere inquit, enim tex. Atteius seruium respondisse scribit, cui argentum, quod in Tusculano fundo cum moreretur habuisset, legatum, esset & quod antequam moreretur, ex vrbe in Tusculanum iussu testatoris translatum esset, deberi contra fore si iniussu translatum esset.

Ideo opinio D. Petri Peralt, requirentis dolum legatarii, ita vt eo cessante res ignõrãte testatore illatæ comprehendantur, falsa est, & contra illum tex. per quẽ hic noster debet interpretari, denique nisi volente, aut saltẽ sciẽter testatore & non aduersante aliquid inferatur in legato non venit, & ita augmentum non naturale, sed facto hominis contingens, nõ venit nisi à disponẽte vel eius volũtate tacita vel expressa fiat: nam quod casu fit, neque auget, neque minuit legatum, vt ellegãter inquit *Proculus ex Labeone in l. si ita legatũ, infra de legat.* 3. ibi, nec quod casu absit, minus esse legatum, nec quod casu ibi sit, magis esse legatum) & vi *l. cui qua Roma eo titul*, vbi concordan. in glos.

Sed hęc distinctio videtur esse contra mentẽ 3
doctorum, qui in *l. si ex toto supra de lega* 1. volũt, quod si in area tertij legata ædificium à domino areę super imponatur, non venit in legato, neque

tim relictum, sed ita hæres meus det Titio centum, vel si fuit nominatim relictum, fuit vterque nominatim grauatus, sed hic casus esset sine dubitatione, ideo melior est præcedens solutio, si velis tenere doctorum interpretationes, sed sustineri non possunt, quia licet supradictis legibus vtcunque sit satisfactum, tamen sunt aliæ leges, quibus nullo modo potest dari congrua responsio, in quibus constat fideicommissum nominatim relictum deberi à substituto vel coniuncto.

5 In primis est tex. expressus in *l. debitor in §. 1. infra isto tit.* vbi inquit *Paul.* Si primo, & secundo, & tertio heredibus institutis, sic legata dentur, si mihi primus hæres non erit, secundus Titio decem dato, si secundus mihi hæres non erit, primus Seio fundum Tusculanum dato; vtrisque omittentibus hæreditatem primo, & secundo, quærebatur, substituti, quos eis dederant, an & cui legata præstare debent, ab vtroque substituto legata debentur.] Ecce text. cui non potest dari congrua responsio contra doctorum opiniones: nam nominatim dicitur legatum factum, etiam si non exprimatur nomen proprium, si aliud quod grauato soli potest applicari adijciatur, vt in *l. nominatim, inf. de manumiss. testamen.* vbi inquit *Caius*, Nominatim videntur liberi esse iussi, qui vel ex artificio, vel officio, vel quolibet alio modo euidenter denotati sunt veluti dispẽsator meus, cellarius meus, cocus meus, Pamphili serui mei filius.] Et *Florentinus in l. nominatim, infra de condict. & demonstratio.* quinimo in *l. nominatim infra tit. 1.* inquit *Paulus*, Nominatim legatum accipiendum est, quod à quo legatum sit intelligitur, licet nomen pronuntiatum non sit.] ex qua l. videtur numquam fieri posse quin legatum nominatim fiat, sed fieri potest, vt apparet ex his quæ diximus in l. 2. supra de lib. & post. explicando tex. *in cap. quoniam. Abbas extra tit. de officio legat.* ibi omnino videatur in *nu. 3. & 4.* nam ibi ostendimus nominatim, vel non nominatim considerari posse, etiam vnico hærede instituto, & ita est tex. expressus in *dicta l. debitor* contra communem, & responsiones Alexandri, & aliorum in *l. licet imperator supra de legat. 1.* omnes ex supradictis excluduntur.

Item hoc etiam est expressum in *l. cum pater, in §. ab instituto infra, isto tit.* vbi relicta ab instituto à substituto debentur, sed nisi nominatim ab instituto essent relicta, sed simpliciter non dicerentur potius ab instituto relicta, quam à substituto, & ita stante regula, falsa est doctorum opinio.

Item est expressum in *l. ab exheredati substituto in §. fina. supra de lega. 1.* Cum posthumo ita legetur [inquit *Paul.*] si hæres erit, & non nato posthumo substituti adeant, legata eos debere existimandum est, quæ ille, si viueret debiturus erat.]

Ideo post glos. hic *Christophorus de Castellion.* quem ibi sequitur *Cuma. in l. licet imperator, supra de legat. 1. & Paul. de Castro* etiam recedunt ab opinione communi, existimantes quod post rescriptum diui Seueri sine distinctione legata, ab institutis relicta debeantur à substitutis, & coniunctis, etiam si nominatim relinquerentur, de quo rescripto fit mentio in *l. si Titio, & Mæuio in §. Iulianus isto titul.* & id refert *Vlpianus in d. l. licet imperator, supra de legat. 1.* denique omnes iurisconsulti post dictum rescriptum distinctionem antiquorum inter legata nominatim, vel non nominatim relictum vt deberentur à substitutis reiecerunt: & nota quod istud rescriptum Seueri, fuit Seueri Septimij, qui fuit pater Antonini, & licet Antonino tribuatur in *l. non istam, C. ad Senatusconsult. Trebellian.* hoc tamen dissoluitur ex Vlpiano in *d. l. licet imperator*, vbi inquit, licet imperator noster cum patre rescripserit.] Et ita illud rescriptum vidit *Papinia. & Paul. & Vlpianus, & Marcellus author. l. cum patronus*, quæ l. ita debet interpretari, & cessabunt omnia quæ confuse satis hic ponit *D. Petr. Peral. in 3. col. circa illam l.* non tamen id rescriptum vidit author nostræ l. Celsus, qui sub Traiano floruit & Hadriano, & quod rescriptum Diui Seueri in legatis nominatim relictis loqueretur, apparet, quia alioquin frustra fieret illud rescriptum, cum ex antiquorum regulis legata non nominatim relicta ab omnibus deberentur.

Sed huic opinioni obstare videtur, quod 7
Paulus iurisconsultus, qui prædictum rescriptum vidit, *in l. si plures infra de legat. 3.* inquit, Quod si pluribus gradibus hæredum factis, quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his nominatim damnare debet.] Ecce quod nominatim relicta legata à solis nominatis debentur, sed *Christophorus de Castellio.* respondit ibi nominatim à Paulo sumi, id est expressim, vt ab vno solo debeatur. sed hic intellectus defendi non potest, licet verbum nominatim aliquando ita sumatur, vt in *l. si ita relictum, in §. Pegasus, infra isto tit.* sed hic ita sumi non potest, primo quia in hac materia quid nominatim significet, explicauit *idem Paulus*, quem supra retulimus in *l. nominatim inf. de lega. 3.* item quia in *l. si plures nominatim*, capitur ad differentiam simpliciter, & indiffinite relicti, ad nullum expresse verbis directis, inquit enim, Si plures gradus sint hæredum, & scriptum sit hæres meus dato, ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti hæc verba, Quisquis mihi hæres erit. itaque si quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, sed aliquos ex his nominatim damnare debet.]

Ego existimo posse dici, vt *d. l. si plures*, debeat interpretationem recipere, vt legata nominatim relicta, non ab alio debeantur, vel quando relinquit à substituto nominatim, non enim tunc ab instituto debebuntur, quia non reperitur rescriptũ esse, neque debuit rescribi, vt relicta à substituto, institutus debeat, vel si

alia

alia diuersa legata ab aliis fecit, iuxta interpretationem elegantem *Vlpiani, in dicta lege licet imperator*, vel si tribus gradibus factis à primo, & tertio nominatim eandem rem leget testator, nam tunc manifestissimè apparebit hæc legata nominatim facta à secundo non deberi, non enim aliam interpretationem potest sumere hęc dispositio ita per saltum ordinata, argu. tex. *in l. 1. in fin. C. de liber. præterit. vel exhæredat.* illud certum est Vlpianum intellexisse rescriptum Seueri, quod loquebatur in substitutis, locum habere, etiam in coniunctis, vt *in d. §. Iulianus*, & ita fortè intelligendum est, quod ad Vlpianum *Iustinianus* refert, *in l. vni. in. §. ne autem, C. de caduc. tollend.* quod rescriptum Saluius Iulianus videre non potuit, neq; vt supra diximus, eo antiquior
8 Celsus pater, neque huius legis author filius, ideo in substituto hic contrarium respondit, & ille in coniuncto, in *dicto §. Iulianus*, sed in Celsi sententia, quodammodo erat cōtradictio, nam in huius legis principio ferè contrarium eius, quod hic dicit, respondit, cum necessario ibi nominatim à liberto fuerit fideicommissum relictum, licet responderi possit, vt dictum est in interpretatione *l. si ab eo, de vsufructu lega.* in fideicommisso à legatario relicto locum id habere, vt semper ab hærede debeatur, licet verius sit legem illam, cum Vlpiani sit post dictum rescriptum Seueri emanasse, quinimo ad eius interpretationem seruire, vt non solum in legatis, ab hæredibus relictis, sed & à legatariis locum habeat, vt non impediat nominatim esse fideicōmissum, vt ab alio deberi possit, denique post dictum rescriptum legata nominatim relicta, à substituto, vel coniuncto debentur, nisi in contrarium euidens mens testatoris extendatur, vt in *dict. l. licet imperator*, & hæc est vera opinio cōtra doctores cum Christophoro de Castellio & Cuma.

9 Sed *Alciat. in lib. præsumptio. in 2. regula præsumptio. 35.* existimat distinguendum esse inter substitutum, & coniunctum vt coniunctus legata nominatim relicta non debeat vt hic, sed substitutus, & quod *dict. §. Iulianus l. si Titio & Meuio*, quę à coniuncto deberi existimat, loquatur vbi non nominatim est legatum relictum, quod magis dilectus sit coniunctus, quam substitutus, cum ille priori loco, hic posteriori scribatur, vt in *l. Publius in § fin. infra de conditionib. & demonstrationib.* ideo verisimile est grauato instituto etiam nominatim, grauatum substitutum videri, secus in coniuncto, sed errat euidentissimè *Alciatus*, in multis, nam in ista materia argumentatur iurisconsultus, de substituto ad coniunctum, quia quasi substitutus sit *in dicto §. Iulianus*, item magis dilectus est substitutus, quam coniunctus, in portione illa, cùm substitutus coniuncto præferatur, ergo non dato substituto, non magis dilectus est coniunctus, quam esset substitutus, cum vterque in subsidium vocatus videatur, hic expressè, ille tacitè, ergo argumentum Alciati facit contra coniunctum, quia si grauauit magis dilectum, ergo & coniūctum in ea portione accrescente minus dilecto, & ita *Alcia.* non rectè intellexit istam materiam, nam regulariter magis fauetur substituto, quam coniuncto, vt in *l. 1. in § ad quod ex substitutione, infra ad l. Falcid.* ideo contingit, vt coniunctus legata soluere teneatur, ad quæ nō teneretur substitutus, vt in *l. quidem referunt, in princip. & in § fi. de iure codicillo.* multoque magis tenetur cohæres, quam substitutus, denique differentia Alciat. vera non est, sed vt dixi opi. Christoph. est tenēda, & cessant omnes difficultates, & inuolucra, quæ hic ponit *D. P. Peralta*, veniamus ad glo. & glo. 1. notat ex tex. quod portio deficiens accrescit sine onere.

Sed oppo. quod debeat accrescere cum onere, vt in *l. vnic. in §. pro secundo. C de cadu. tollend.* Sol. 10 secundum Dyn. & Alberi. hic tex. loquitur in pro non scriptis, ibi in caducis, & ita secundum eos respondetur ad principium huius legis, sed hæc solutio diuinat, & est falsa, quia coniuncto defertur pro non scriptum cum onere, vt in *l. ciuitatibus, in §. Lucius, supra tit. 1.* & infra dicemus, & ideo solutio clarà, & vera est, quod hic legatum fiat nominatim relictum, ideo quomodocunque hęreditas non deferatur grauato, siue quia sit pro non scripta, siue caduca, siue quasi isto iure ante prædictum rescriptum sine onere defertur, quia hoc tempore legatum nominatim factum, personam grauati non egreditur, hodie secus, si verò non nominatim sit relictum iure isto, vel post constitutionem Seueri etiam nominatim, distinguendum est inter caduca, & pro non scripta, & inter hęreditates, & legata, & inter ius accrescendi, & ius substitutionis, & inter ius antiquum, & nouum Iustiniani, nam constituuntur hæ regulæ si portio grauata hæreditatis fiat caduca, defertur substitutis sine onere, vt in *l. quidam referunt de iure codicillor* quia loquitur in fortioribus terminis, quando inspecto testamēto non erat pro non scriptum, multo ergo magis si omni tempore hęreditas foret pro non scripta, licet *Bal.* aliter velit, & istam opinio. tenent docto. quos refert *Ias. in l. licet imperator in nu. 56. de legat. 1.* coniunctis vero defertur cum onere, vt in *eadem l. quidam referunt, & in l. ciuitatibus in §. Lucius de legat, 1. & in l. si duobus in §. 1. eod. tit.* quasi cohęrede dato non possit dici pro non scriptum, quia licet persona sit pro non scripta, non tamen gradus, quod hodie non contingitur, nam tex. in *§. in primo in l. vni. C. de cadu. tollend.* qui tex. pro non scripta coniunctis, & substitutis defert, sine onere, non loquitur in hæreditatibus, sed in legatis, & ita in hęreditatibus antiqua distinctio inter coniunctos, & substitutos ibi non mutatur, maximè quia *Iustinianus ibi* nihil noui inducit, vt ipse dicit, se ius antiquum in pro non scriptis, intactum relinquit, verum est quod durum videtur tex. illum in legatis solum loqui, cum §. pro secundo, quę sequitur, & in hæreditatibus loquatur, & videtur durum, cum inter caduca, & pro non scri-

pta distinguatur, vnum §. loqui in legatariis tantum, aliud verò in omnibus tam legatariis, quam heredibus, cum in eisdem personis loqui deberet, vt perfecta sit distinctio, nam quod tex. dicit nisi pro rato, non potest referri ad coniunctum in hæreditate, quis enim dicet rarius dari coniunctum in hæreditate, quàm substitutum, item eadem est ratio in legatario pro non scripto grauato habente coniunctum, quæ in herede, cum in vtroque gradus non sit pro non scriptus, sed sola persona. Item verbum donasset, de quo in tex. in dicto §. in primo, generale est, vt heredes comprehendere possit, licet non ineptè legatis potius applicaretur, nisi remaneret aliquid omissum, sed secundum doctores, in legatis tantum hic tex. est accipiendus, vt in hæreditatibus adhuc à coniuncto debeantur legata relicta, à coniuncto pro non scripto, imo & à substituto hodie per tex. in §. *his ita*, *eadem lege*, qui intelligitur, etiam in pro non scriptus, quod si æquitatem respiciamus non solum in hæreditate, sed in vniuersum pro non scripta, cum suo onere deferri, etiam in legatis æquius foret. nam licet *Iustinianus* naturali iuri consonum esse dicat, vt pro non scripta sine onere deferantur, tamen quis dubitet id potius subtili quodam iure, quam ex defuncti voluntate induci, nam testator, qui priori gradu positum, & dilectiorem in ea portione grauauit, quare & ille, ad quem non ex priori intentione bona deferuntur, non videbitur grauatus? ideo subtilitas illa potius est, quam æquitas, sed sic lex scripta est, ita tamen, vt deberet omnino corrigi, denique vt resoluamus caducum cum onere defertur, pro non scriptum cum onere coniuncto in hæreditate, substituto sine onere iure antiquo hodie cum onere per tex. in §. *his ita*, in legatis verò sine onere defertur pro non scriptum, tam coniuncto, quam substituto ex mente doctorum, quos vid. in *dicta l. vni. Imol. & alios in l. qua conditio, infra de conditionibus & demonstrationibus*, sed in nullo ita clarè & breuiter repenes resolutum, & vide ad *dictam legem, quidam referunt Franciscum, in comment. iuris ciuilis in libro nono titulo quinto de codicil. in num. 4. & sequent.* vide vtrum aliquid boni dicat.

Vltimo pro plena huius tex. interpretatione, quæro quid significent illa verba in eo posita, non præstabit legatum, quod iure antiquo
11 capit, omissis glo. & docto. sententiis, respondeo, quod lex Papiniana, quæ caduca fisco concessit, filiis, & parentibus vsque ad certum gradum ius antiquum reliquit, erubuit enim eis iugum imponere, vt inquit *Iustinianus*, *in dicta l. vni de cadu. tollen. in princip. in versi. & cum l. Papia*, & legitur in libello, qui Vlpiani nomine circumfertur in *tit. qui habeant ius antiquum in caducis*, vbi inquit, item liberis, & parentibus testatoris vsque ad tertium gradum lex Papia ius antiquum dedit, vt hæredibus illis institutis, quod quis ex testamento non capit, ad hos pertineat, aut totum, aut ex parte prout pertinere possit.] & iterum *in tit. de caducis*. Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vendicantur, sed seruato iure antiquo liberis, & parentibus,] De isto iure antiquo tex. hic loquitur, & ideo in huius legis principio, & in isto §. fingitur species in filio, & in filia hæredibus institutis, non sine effectu, sed necessario.

Sed opponitur, quod in principio tex. non prodest filiæ istud ius antiquum in hoc, sed alij cui fideicommissum præstatur, adhuc legato caduco effecto, neque hic prodesset, si legatum nominatim non esset relictum, sed id fauore filiorum fuit inductum, ergo non loquitur de isto iure antiquo, respondeo verum est prodesse alij etiam, quia ad quemcunque caduca vadunt, non sine onere transeunt, sed cum eo siue filiis, siue fisco deferatur, vel parentibus, nam in illo titulo de caducis post illum versiculum, in quo refertur Antonini constitutio, de caducis fisco vindicandis, vel filiis, vel parentibus, subditur alius versiculus, in quo dicitur, Caduca cum suo onere fiunt, ideoque libertates, legata, & fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hæreditas caduca facta est, salua sunt, scilicet & legata, & fideicommissa cum suo onere fiunt caduca,] denique etiam legatis caducis factis, fisco vel liberis delatis, onera eis adiuncta non deficiebant, facit optimus tex. in *l. quidam testamento*, *in §. quoties. de legat. 1.* vbi inquit *Vlpianus*, quoties l. Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, & legata & fideicommissa præstantur, quæ præstare cogeretur hæres, à quo relicta erant,] bonus tex. *in l. si seruus plurium*, *in §. si quis ante, eodem tit.* non enim plus debet habere filius, quam haberet fiscus qui ei ea bona reliquit, & ita non obstat, quod in *titulo de legat. præstand.* ex ceteris non conseruentur relicta, quia 12
illa speciali fauore coniunctorum sunt inducta in omnibus, hic autem vt legata debeantur, ius commune est, quod obseruabatur etiam non concesso hoc iure filiis, & ita non habent hoc ex iure filiorum, sed iure proprio, & ita hic tex. debet intelligi, cuius sensum an alij fuerint assecuti, iudicabunt lectores; nos verò Io. Tilio acceptum ferimus, cuius opera dictus Vlpiani libellus editus fuit, qui licet fortè Vlpiani non sit, quod eius stilo non multum sit conformis, tamen vtilis valde est, est enim vel alicuius iurisconsulti, vel non indocti hominis, qui in multis antiqui iuris obseruationem demonstrat. Et *Emanuel de Acosta*. Lusitanus eruditissimus plurimas res difficiles ex eo optimè intellexit, & eas in *repetitio. sua in l. Gallus in §. & quid si tantum*, eo tacito apposuit, nobis tamen nostra sufficiunt, neque vnquam aliorum inuenta nobis vsurpauimus, neque eos à quibus didicerimus suam inuidebimus gloriam, vellent tamen, vt æqui lectores agnoscant, vtrum hæc l. his nostris scriptis sit satis explicata.

SVM-

SVMMARIVM.

Ex l. quidam in testamento.

1 *Incertitudo publicæ causæ ratione non vitiat.*
2 *Ideoque neque in dote, neque in alimentis vitiat.*
3 *Res incerta non dicitur, quæ ex causa efficitur certa.*
4 *Opin. Cyn. rectè in hoc defenditur à Cuma. contra Bart.*
5 *Intellectus l. in testamento, infra de conditio. & demonst. & defenditur nouissimè sententia Cyni.*
6 *Verus sensus l. cum post, in paragra. gener. de iure dotis.*
7 *Subtilis interpretatio Cumani ad istam l. quæ subtilius reprobatur.*
8 *Inductio leg. domum supra de contrahend. emptio.*
9 *Singularis interpretatio l. refert. largiter, C. de fals. caus.*
10 *Inductio. l. 1. supra isto tit.*
11 *Noua interpretatio. leg. 1. Codice de dot. promissio.*
12 *Intellectus l. Stichus de legat. 3. & supra in numero 2.*
13 *An incertitudo vitiet iure canonico.*
14 *Incertitudo personarum quando vitiet legatum pium.*

CElsus. Quidam testamento ita scripsit, Reipublicæ graui scanorum lego in tutelam viæ reficiendæ, quæ est in Colonia eorum, vsque ad viam Aureliam, quæsitum est an hoc legatum valeat. Iubentius Celsus respondit, propemodum quidem imperfecta est hæc scriptura in tutelam Aureliæ viæ, quia summa adscripta non est, potest tamen videri tanta summa legata, quanta ei rei sufficeret, si modo non apparet aliam fuisse defuncti voluntatem, aut ex magnitudine eius pecuniæ, aut ex mediocritate facultatum, quas testatrix reliquit. Tunc enim officio iudicis secundum æstimationem patrimonij, & legati quantitas diffiniri potest.

1 Opponitur cum glos. quod hoc legatum tanquam incertum non valeat, vt in *l. cum post, in paragra. gener. supra de iur. dot.* nam hic legati quantitas non fuit expressa, quæ ad viæ refectionem relinquitur, sol. secundum glos. hoc iure singulari est inductum, quod publicam vtilitatem hoc legatum respiciat & causam piam secundum Dyn. quem *Alberic.* refert, & hoc vult *Bart. Imol. & Angel de Perugl.* & est communis opinio secundum *Alexandr. in l. 1. supra solu. matrimo.* vbi *Bar. in numero* 14. hoc idem tenuit *& in l. ita stipulatus in 3. col. in num. 94. infra de verbor. obligat.* vbi *Ias. in num.* 13. dicit istã opinionem cõmuniter approbari, & vide *Tiraquel. in tractatu de priuilegijs piæ causæ in præfatio pagi.* 17. quem vide *in priuilegio* 55.

Addunt doctores vltra istum casum alia exempla, in quibus incertitudo non vitiat vtilitatis etiam publicæ causa; vt est dotis fauore, item etiam alimentorum ex mente glos. quæ allegat bonas leges, nam si cui annum fuerit relictum sine adiectione summæ nihil videri huic ascriptum, Mela ait, sed est verior Neruæ sententia, quod testator præstare solitus fuerat, id videri relictum, sin minus ex dignitate personę statui oportebit,] vt refert *Vlpianus in l. si cui, infra de ann. legat. hic* allegat in glo. & eleganter *Valens in leg. penul. in princip. infra de aliment. legat. a gl. allegat.* inquit cùm alimenta per fidei cõmissũ relicta sunt non adiecta quãtitate, ante omnia inspiciendũ est, quæ defunctus solitus fuerat ei prestare, deinde quid cæteris eiusdẽ ordinis reliquerit, si neutrũ apparuerit, tunc ex facultatibus defuncti, & charitate eius, cui fidei commissum datũ erit, modus statui debebit, idem si studij causa, vel addicendi artificij legetur, nã si testator dicat, Stichus liber esto, & vt eum hęres artificium doceat, vnde se tueri possit, puto, Pegasus inutile fidei commissum esse, ait, quia genus artificij adiectum non esset, sed Prętor, aut arbiter ex voluntate defuncti & ætate, & conditione, & natura, ingenioque eius, cui relictum, statuerit quod potissimum artificium hęres docere cum sumptibus suis debeat,] vt inquit text. in *l. Stichus infra tit. proxim.* quæ intellige siue diuiti, siue pauperi hęc relinquantur, nam hæc legata ex natura sua fauorem continent, etiam si id à personæ indigentia non mutuentur, simpliciter enim sunt fauorabilia, vt *in l. cum hi in paragra. eam transactionem, in versicul. nihil autem supra de transactio.* vbi *Vlpianus* inquit, nihil autem interest vtrum libertini sint, quibus alimenta relicta sunt, an ingenui, satis locupletes an minus.] diximus supra in *l. si quis Titio*, licet pium vt ibi diximus appellari non possit, quando diuiti relinquitur; aliud enim est esse pium, aliud simpliciter fauorabile, licet omne pium est fauorabile, non tamen omne id, quod censetur fauorabile est pium, hoc enim specialius est, & ita secundum communem intellectum, fauor publicus refectionis viæ hic efficit, vt legatum incertum valeat.

Sed notandum est, quod *Petr. & Andre. de Pis.* quos hic refert *Alberic. & Cyn. in l. 1. C. de dot. promissio & Cum. hic & in dicta l. ita stipulatus* vbi 3
Petr. de Bexut. & Bal. nouell. quos *ibidem* refert *Iason. & idem Ias.* licet sibi male constans, volunt, quod prædicti casus nihil singulare contineant, sed iure communi procedant, quod regula illa, quę habet, vt incertum legatum, vel stipulatio vitietur, sit restringenda, vbi omnino res in certa remanet, sed vbicunque ex causa, ad quam refertur potest certum haberi, non vitiet incertitudo, nam & hic legatum factum in viæ refectionem certum efficitur, quia potest videri tanta summa legata, quanta ei rei sufficeret,) vt text. inquit sic si pro dote, pro studio, vel pro alimentis legetur, nam tanta
4 summa videtur legata, quæ ei rei sufficiat, ideo non omnino incertum est, nam certum est

(inquit *Paulus*) cuius species, vel quantitas quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur,] in *l. certum, supra si cert. peta.* & licet forsan ibi certum clarius sumatur, tamen ad effectum de quo quærimus, vt actus non vitietur, sufficit eo modo rem posse certam effici, sicut id, quod interest, quod alias incertum dicimus, potest certis finibus concludi, ideo in stipulatione id, quod interest, deduci potest, neque incertitudo vitiabit, nõ enim omnis stipulatio incerta inutilis est vt in *l. vbi autem non apparet, infra de verbor. obligatio.* optimus tex. in *l. si de prætor. stipulatio. infra & per tot. infra rem pupil. salu for.* & nota in *l. vni. C. de sententi. quæ pro eo, quod interest,* sed *Bart.* reprehendit hanc opinionem *in d. l. 1. supra solut. matrimo. & in d. l. ita stipulatus,* quia si hæc regula vera esset, nũquam legatum propter incertitudinem quantitatis vitiaretur, nam vt deficerent alia, ex benemeritis, ob quæ legata fieri solent, vt in *l. neque adiecit, supra pro socio,* quãtitas posset boni arbitrio æstimari, & tamen leges legatum non habens expressam quantitatem, inualidum existimant, vt in *d. §. gener. & in d. l. ita stipulatus,* neq; probationem prædictam exigunt, vel admittunt, ergo

4 sententia Cyn. vera non est, sed *Raphael Cuma. hic* non subtiliter ad hæc satisfacit, quod in opinione Cyn. ex causa, ob quam legatũ relinquitur, certum efficitur legatum, ex causa inquam specifica, non autem generali, & vaga, vt est meritorum, quæ vel omnibus legatis inest, incerta tamen, imo & sępe non inest, vt in *leg. extraneum. Codice de hered. instituendis.*

Item possumus melius respondere, quod in opinione Cyn. versatur causa, ad quam fit legatum, & effectus ipse, quem respicit legatum, ex quo causa determinatur, causa vero de qua in *l. neque adiecit,* non respicit effectum, sed est causa impulsiua, & vaga, ex qua non potest fieri determinatio.

Videamus quę harum opinionum verior sit, mihi videtur Cyn. & Cuma. interpretatio verissima esse, & validissimis rationibus eam comprobauimus, quia ipsi leuiter examinant, & in primis nõ dubito, quin dos, & pia legata, & quę ad religionem pertinent, priuilegiũ aliquod habeant, vt ea incertitudine non vitientur aliquãdo, etiam si alia legata deficerent, nam si sepulchrum fieri iubeam simile illi, quod in via Salaria Publio Septimo extructum extat,

5 etiam si id non reperiatur pręceptum sepulchri non vitiabitur, sed ex facultatibus, & dignitate defuncti existimandum est, quale construi debeat, vt in *l. in testamento quidam infra de conditio. & demonst.* ibi, sin autem voluntas eius ignoraretur, pœnam quidem nullam vim habere, quoniam quod ad exemplum fieri iussisset, id nunquam extaret, monumentum tamen omnimodo secundum substantiam, & dignitatem defuncti extrui debere,] quæ sententia vera nõ esset, si religionis causa remoueretur, licet legatum monumenti non sit pium, vt diximus in *l. si quis Titio, in fi. e. d.* finge Titio domum inædificare damnatum hæredem qualẽ Septimus possidet, si nunquam domus Septimi sit legatum vitiabitur, vt in *l. 3. in §. si quis insulam supra de eo, quod cert. loco* vt infra dicemus, sed vbi incertitudo non est tanta, sed talis quæ ex effectu legati potest certum effici, puto incertum legatum valere iure communi sine vllo priuilegio, & vera sit opinio Cyn.

Pro hoc validissimum est argumẽtum, quod de eo, quod interest supra diximus, quod in legatum, & stipulationem deduci potest, licet incertum sit, quia possit ex facto, incertitudo tolli, vt in *l. quatenus de regul. iur.* sicut ex ipsa extructione viæ, legati quantitas potest intelligi, & hoc manifestè ostenditur, quia factum legari potest iure communi, vt in *l. fideicommissa, in § si quis opus infra de legat. 3.* licet in republica loquatur, quare non idem in priuatis, vt operis legatum valeat, cum possit id in stipulationem deduci? vt in *d. §. si quis insulam,* ergo valet iure communi legatum ad insulam tali loco ædificandam, ad viam talem reficiendam, molendinum tali loco construendum, nam si valet legatum serui in genere, quare non valebit pecunię legatũ ad seruũ emendum. si valet legatum, vt hæres viam ad fontem extruere teneatur, vt valet ex supradictis, quare pecunia ad eam extruendam quantitate non expressa legari non poterit? Hæc autem omnia valent iure communi, etiam si nulla publica causa versetur, vel pietas, vt probatur in *l. legato generaliter supra de legat. 1. & in l. insulam, & in l. si insulam, infra de verb. oblig. & in l. ita stipulatus, & in l. existimo in § fi. & in l. vbi autem non apparet in § qui id quod, eodem titu.* & probatur in *leg. mortuo bone in paragra. fin. infra isto titu.* & ideo si legetur pecunia ad domum, vel insulam certo loco construendam, valebit legatum, vt in *dicto paragra. qui id quod, & in dicta leg. 3. in dicto paragra. si quis insulam,* licet non valeret loco non destinato, vt ibi & in *l. si domus, de legat. 1.* & ita leges supradictæ, quę de alimentis, dotibus & alijs similibus supradictis loquuntur, iure communi procedunt, vt expresse probatur in *dicta leg. cum post in paragra. gener. supra de iure dot.* vbi non fit vis 6
in dotis fauore, sed in natura ipsius rei, quæ in se non est corpus ignotum, inquit enim vbi *Papinianus* gener à socero arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata quantitate, stipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto, stipulationem valere placuit, nec videri similes, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret, cum inter modum constituenda dotis, & corpus ignotum differentia magna sit, dotis etenim quantitas, pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest.] Ecce quod text. non tam dotis fauorem, quam quod natura rei hoc exigit, statuit incertę dotis promissionem valere, quia secum habet causam, à qua recipit

recipit determinationem, & ita vbi ex causa legatum potest esse certum quantitatis incertitudo non vitiat, & hæc est veritas contra Bart. & communem cum Cyn. *Raphael. Cuma. & alys*, qui sunt eiusdem opinionis.

7 Notandum tamen est, quod idem Cuma. hic subtiliter (vt solet) existimat, licet in priori parte huius nostri text. non si aliquid singulare in legato ad reficiendam viam, sed iure communi defendatur, tamen in secunda parte tex. in quo quantitas patrimonij non potest nos certos efficere, quod fauore publicæ vtilitatis, quæ in reficienda via publica versatur, recurratur ad boni viri arbitrium, neque incertitudo vitiet, quæ alias vitiaret, quia remanet incertitudo, quæ ex quantitate patrimonij non potest excludi, sed certè licet sit valde subtilis hæc interpretatio, & aliquando mihi nondum viso Cuma. placuerit, nunc tamen placere non potest, quia vbi ab initio ex re ipsa actus certus indicatur, licet ab ea certitudine necessitatis, vel æquitatis causa recedatur, ita vt ea quantitas sit diminuenda, non ex eo dispositio vitiatur, sed iudicis partes sunt in ea moderanda, vt *supra isto titulo in leg. 1. in fin. cum ibi notat.* in eo, qui malè arbitratur, nam tunc quantum necessarium sit ad viam extruendam certum est, sunt enim necessaria puta mille, & ita videtur certum legatum, & licet quia exiguum est patrimonium, sit detrahendum ex mille, non vitiabitur dispositio, quæ re ipsa certa erat, sed iudex arbitrabitur, & pro hoc est text. in *l. domum, supra de contrahend. emptio. in responsione Neratij iuncto fine illius l.* cum igitur

8 legatum adiecta causa: incertum dici non possit, licet ex eo, quod bona non sufficiant, incertum quodammodo reddatur, non tamen id efficit, vt vitietur iure communi legatum etiam priuilegio excluso.

Sed contra omnia supra dicta vrgere videtur

9 tex. notandus in *l. refert largiter C. de fals. caus. adiect. legat.* vbi causa incerta non efficit legatum certum, vt valeat iure communi, si remoueas dotis priuilegium, vt si dotem, quam cum Titia accepi legaui, nulla accepta dote, quia cessat dotis priuilegium in dote simulata, vitiatur legatum propter incertitudinem, sed ex dignitate personarum, & patrimonij viribus ita potest esse certa dos falsa, sicut vera, nam sicut verè promissa dote quantitate non adiecta, censetur dos certa, ita nulla promissa certum est quantum promitti æquum foret, vt in *leg. quæro supra de iure dotium. & in leg. si filia pater, alias si pater filiæ infra titulo proximo*, ergo si hic vitiatur, hoc legatum, apparet ob id esse, quod cessat dotis priuilegium, nec sufficiat ex causa posse certum conijectari. soli supra dicta procedunt in causa, quæ futurum respicit, non in causa præterita, quia, quæ nam dos debeat constitui certum esse potest ex dignitate, & patrimonio generi, & soceri, sed quanta sit data in præteritum constare non potest ex hoc, cum sæpe sit factum, quod non oportuit fieri, & ideo, cum fiat relatio ad dotem datam, & non ad eam, quam dari oportuit, omnino res est incerta, & vt explicemus clarius dico, quod dos constituenda potius in iure consistit, constituta vero in solo facto, quod non potest extrinsecus comprehendi, & ita quę data dos sit incertum est, quæ vero dari debeat certa, vt *supra eod. in l. 1. in fi.* ideo cum constitutæ 10 dotis modus in solo facto versetur, quo non apparente res omnino incerta remanet, similis distinctio inter dotem, quæ iuris sit, & illā quæ est meri facti, constituitur à *Iabol. in l. Meuio 17 §. à me herede inf. isto tit.* & ita intelligi potest text. in 11 *l. 1. C. de dot. promissio.* quæ est *l. forsi* contra *d. §. gener.* vt velit ille text. quod si sit dictum promissam fuisse certam dotem, si de ea non constet, non potest de dote agi, quia de dote præterita non futura loquitur, quæ quanta vel qualis fuerit, in mero, & nudo facto consistit, ideo ex promissione agi non potest, sed maritus aliunde si de iure sibi debetur, dotem constituere parentem, vel vxorem si bona habet, compellat, sed non ex promissione agere poterit, & iste est singularis intellectus, quem nullus doctorum est assequutus.

Vnum tamen est notandum circa supradicta 12 quod in specie text. in *d. l. Stichus inf. tit. proximo* opus est coadiuuari legatum ex priuilegio, quia artificium quod debeat doceri non exprimitur, si enim expressum esset, certum legatum esset etiam quantitate non expressa vt hic cogita circa hoc.

Item add. quod licet de iure ciuili incertitu- 13 do vitiet stipulationem, & legatum, tamen de æquitate canonica secus est secundum *Archidiac. in c. sunt nonnulli. 1. q.* lat. *Iaso in l. triticum, in 21 col. de verb. obligatio. & Felin c. cum iuramento extrau. de homicid.* quasi ius canonicum quasdam æquitates ineptas admittere debeat, & rusticorum quędam iudicia agnoscat. quod dicendum non est, neque enim ius ciuile ab æquitate naturali abhorret, ideo hæ differentię non sunt admittēdæ, vid. quæ diximus de actionibus bonæ fidei, & stricti iuris in lib. 3. istarum interpreta. in c. 3.

Vltimo nota quod in causis pijs incertitudo non vitiat, siue incertitudo versetur circa personas, siue circa res, vide *doctor. in l. id quod pauperibus C. de episc. & cler.* & per *Socinum in l. si quis de pluribus, & in l. quidam relegatus infra de reb. dub. nu. 12. Ias. in dict. l. ita stipulatus in num. 13. infra de verbo. obligatio.*

Sed opponitur quod legatum pium vitietur 14 incertitudine, nam hoc contingit in libertatis legatio, quæ vt inquit text. in *l. libertas infra de reg. iur.* omnibus rebus fauorabilior est, [vt probatur in *dict. l. si quis de pluribus, infra de reb. dubijs*, vbi inquit *Modestinus*, si quis de pluribus vnum manumitti voluerit, neque appareat de quo manumittendo testator sensit: nulli eorum fideicommissaria competit libertas.] ego puto, quod vbi de certa persona sēsit testator, nec appareat de qua senserit, vitietur legatū etiā piū per illam l. quia si solueretur, nō impleretur defuncti voluntas

luntas, nec ei solueretur, cui testator dari voluit, secus si solius pietatis, non personæ habuisset rationem testator, tunc enim in piam causam posset fieri distributio. argum. *l. legatum, de administra. rerum ad ciui. pertinentium, & in l. fin. infra de operib. public*, & hoc voluit *Tiraquell. in tractat. de priuil. pia caus. priuil. 56. in fi.* licet malè glos. *in l. id quod pauperibus C. de episcop. & cleric. dict. leg. si quis de pluribus*, velit in sola libertate procedere contra text. expressum in *l. fuerit de reb. dub. infra & leg. duo sunt Titij supra de testament. tutel.* vid. quę dicemus infra in *leg. qui testamento inutiliter.* vid. de materia *doctores in cap. indicante extra de testament. Decium in consil. 182. in numero secundo* & de incertitudine plura Hippolyt. *in rubrica. Cod. de probationibus in numero 354. cum sequentibus multis, & Tiraquell. in tractat. de primigen. in quæstio. 17. in 6. optiuo.* & quæ diximus in *leg. si quis seruum in §. si inter duos supra eodem.*

SVMMARIVM.

Ex l. Si quis quos.

1. *Hic legatarius est nudus minister secundum doctores.*
2. *Distinctio vtrum teneatur statim vel ex interuallo manumittere, vt sit nudus minister.*
3. *Differentia inter contractus, & vltimas voluntates in hoc.*
4. *Antinomia harum legum, quam non præuidit Tribonianus.*
5. *Ponitur intellect. Soti.*
6. *Nouus sensus vltra doctor.*

M*odestinus*. Si quis quos non poterat manu mittere, legauit vt manumitterentur: nec legatum, nec libertas valet.] Difficilis est hæc lex adeo, vt ingenuè fatear me non satis eam intelligere, sed vt alij eam melius possint interpretari, tangemus difficultates quas, vt poterimus explicabimus, & opponitur primo etiam si libertas non debeatur, legatum serui factum, vt manumittatur, tenet, & seruus remanet apud legatarium, vt *supra eodem in leg. si quis*
1 *Titio*. Solutio ex mente glos. in hoc text. ille, cui manumissio fuit imposita, erat nudus minister, statim enim fuit rogatus manumittere, & ad hoc solum fuit factum legatum: non vt ipse ex seruo vtilitatem aliquam consequeretur.

Sed hic intellectus defendi non potest, quia legatarius est, & titulum habet, ideo non potest dici nudus minister, cùm vt possit manumittere in eum dominium transire necessum sit, etiam si statim manumittere debeat, vt in *leg. pen. C. de manumiss. vind. & in leg. si quis alicui, in §. 1. supra mandat. iunct. leg. cum proponas. C. de dolo item hec* Sol. est contra text. expressum in *l. si quis eum infra de conditionib. & demonstrationib.* vbi ponitur eadem species, quæ in isto text. & contraria decisio. inquit enim *ibi Paul.* Si quis eum, quem ipse manumittere non poterat, legauerit ita, vt eum legatarius manumitteret: & si à legato non repellatur, non est compellendus, vt manumittat, quoniam toties secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil sit futurum. idque Neratius scripsit, & tamen à legato non esse eum repellendum: quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc seruo, quam hæredem habere voluisset.] Certè difficile est congruam aptare responsionem, quare enim magis hic quàm ibi dicetur nudus minister, ibidem enim, sicut & hic purè libertas à legatario fuit relicta, cùm non appareat diem, vel conditionem appositam, ideo intrat regula *l. in omnibus obligationibus, infra de reg. iur.* & ideo intellectus *Bart. in leg. codicillis 1. & 2. colum. infra isto titu.* quod hic purè, ibi ex interuallo erat seruus manumittendus defendi non potest, nec potest dici hic nullam vtilitatem legatario relictam, cum saltem ex manumissione ius patronatus esset consequuturus, quæ maior vtilitas est, quā seruitus vnius mensis, si post mensem deberet manumittere. Item hic intellectus Bar. est contra dict. l. si quis Titio, vbi in continenti legatarius fideicommissum præstare erat grauatus, ita quod nullo tempore re legata vti poterat, neq; vtilitas apud eum esset remansura, si Mæuius mortuus non foret, licet prędictus *Bar.* intellectus communiter recipiatur secundum Imol. & secundum *Soc. in d. l. si quis eum, & Corne. in l. vni. in § in primo C. de caduc. tollend.* quem tenet etiam *Alberic. hic:* denique intellect. Bart. magis communiter recipitur, quod hic legatarius fuit nudus minister respectu commodi, licet non respectu tituli, & hoc sufficit, vt deficiente grauamine deficiat legatum, quod & *Paul. de Castro* probat, qui intellectus est contra *d. l. si quis Titio, & dict. l. si quis eum*, in quibus idem est, quod in hoc textu in facto, licet in iure contrarium respondeatur, præterea legatarius iuris interpretatione cum habeat titulum, habet vtilitatem in potentia, vt si deficiat onus, remaneat res apud eum, & hæc est vtilitas tituli, ergo quoad hoc non potest dici nudus minister, quia hęc vtilitas inest in titulo, vt in *l. Celsus sup. isto titu.* & fere per *totum. C. de caduc. tollend.* denique cum sit hæc natura rei, hæ coniecturæ leues an statim, vel ex interuallo debeat restituere legatarius, non sunt tales, vt eam tollant, imo vix est, vt fine expressa voluntate defuncti hoc admitti possit, vt habens titulum sit nudus minister, cum repugnet naturæ negotij, ideo opus est, vt diserte hoc explicetur, vt in *l. si ita donatum, de dona. caus. mort.* non autem ex his, quę simul stare possunt, est corrumpenda rei natura, sed stare simul potest, vt statim debeat manumittere legatarius vel restituere, & non sit nudus minister, ergo id non efficiet, vt sit cum sit contra tituli sui naturam, qui ius habet in seruo non nudi facti ministerium, imo dominium serui manumittendi

in eo

in eo coalescit, & iuris producit effectus; & maximos, cum sit futurus eius patronus.

Vnum perpetuo nota quod vt summatur priuilegium vel ex persona legatarij vel fidei commissarii legatarius semper habetur pro nudo ministro, & ita inspicitur qualitas solius fidei commissarii, tex. est singularis, & elegans in *l. 3. in § item si quis inf. de legat. præstand.* optimus tex. in *l. cum dotem inf. ad l. Falcid.* Verum est, quod prædicta distinctio Bar. an statim, vel postea sit seruus manumittendus, vt altero casu nullum ius legatario competat, videtur probari ex text. eleganti in *l. Aristo. inf. de donationibus*, cuius tex. inductio clara est, sed ad illum text. dicere potest quod idemmet text. probat quid actum sit inspiciendum fore, vt si donatio insit non sit nudus minister, alioquin nudus sit minister: in vltimis autem voluntatibus non est opus id actum esse, cum ex natura sua quæ ad donationem vergit, vt ex legati diffinitione apparet, constat legatarium non esse nudum mini-
3 strum, ideo ea lex solum in contractibus, in quibus donatio si fieri potest, reiiciatur accipienda est, præterea modus impossibilis nunquam legatum viciat, & multo minus, quàm conditio, quare ergo modo hic manumittendi reiecto, non remanebit legatum firmum, & sine onere: vid. glos. in *l. si non donationis. C. de transactioni.* text. in *l. si Titio pecunia. supra de legat.* 1. diximus late in *l. seruo manumisso supra de conduct. indebit. supra in libr. 2. in c. 1. & in cap. 3.* vbi specialius, denique negari non potest istum tex. maximas pati difficultates, & pugnare
4 cum tex. expresso *in dict. l. si quis eum*: ideo puto esse antinomiam insolubilem, quam non vidit Tribonianus neque alij copilatores, neque est mirum cum homines essent, sed in hac contradictione negari non potest magis iuri consonam opinionem *Pauli iurisconsulti in dict. l. si quis eum*, quam Modestini hic, nam licet plures adaptentur interpretationes ad istas leges, nulla earum defendi potest, eas sigilatim connumerat, & reprob. *Socinus in dict. l. si quis eum.* & ita omnes oppositiones, quæ fiunt contra istam legem vno verbo dissoluentur, quod potius sit attendenda dispositio *dictæ l. si quis eum.*

5 Sed cogitabam si dici possit eum *Soci. ibidem* vt hæ leges concilientur, quod hæc l. lotur quando serui, qui legantur vt manumittantur ex conditione sua non possunt ad libertatem peruenire, ita vt neque testator, neque legatarius eos manumittere posset l. aut, *si quis eum*, loquatur de seruis, qui sua conditione manumitti non prohibentur, licet eos testator manumittere non possit.

Et pro hac interpretatione vltra Soci. & alios considerabam, quod in *dict. l. si quis eum*, ponitur interpretatio Pauli iurisconsulti ad *l. Fusiam Caniniam*, in qua prohibentur plures serui in vltima voluntate manumitti, & ita prohibitio illa non infert vitium seruo, vt manumissibilis (vt sic dicam) non sit, sed prohibet testatorem vt apparet ex *tit. instit. de l. Fusia Caninia tollend.* & ita vbi seruus manumitti de se potest, remanet apud legatarium impeditum per *l. libertate*, vbi vero seruus simpliciter ex conditione sua ad libertatem perduci non potest, si in continenti foret manumittendus, neque libertas, neque legatum valeat, sed hæredis seruus remanet, & ita ex Modestino constituitur regula in seruis, qui ex sua conditione manumitti non possunt, vt legatum vt manumittantur non valeat, neque sit vtile seruo neque legatatio, quæ regula non procedet, vbi impeditur manumissio non ex conditione serui, sed ex persona disponentis, qui proderit tunc legatario legatum; quasi non possit causam hæres id non potuisse testatorem quasi ei vitium inferat: quæ sit ratio discriminis inter has species non satis percipi potest, nimirum cum non omnium quæ à maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, vt inquit *Iulianus in lege non omnium supra de legibus*, sed ego credo quod neque *Modestinus ipse* istius suæ legis rationem reddere posset, ideo hic intellectus verus in se & speciosus placere non potest, verus inquam, quòd in ea specie loquatur *Paulus*, sed non placet restringatur ad eam speciem, sed regula fiat generalis, quæ ex multis supradictis legibus iam non est constituta.

Forsan hę leges poterunt conciliari alio modo, & erit intellectus, qui literę huius legis applaudere videtur, quod hic fingantur species quando testator seruis manumitti non poterat in fraudem legis libertatem legauit hoc non expresso, sed tacita fide à legatario accommodata, tunc enim neque legatum, neque libertas valet, hoc aut hic contigisse suadetur, quia non fingitur species quomodo fuit facta dispositio, sed ponitur generaliter, quasi verba præscripta in testamento non fuerint, sed aliquo ex modis fuerit relicta de quibus in *l. in fraudem infra de his quib. vt indign. in principio sed in l. si quis in eum*, fingitur species fraudis, quæ fuit expressa, ideo non fuit tacita fraus, quę solet vitiare, non expressa, vt in *lege 3. in principio & in §. 1. infra de iure fisci*, ad hunc intellectum potest sumi qualis, qualis coniectura, quod vt ex recentiorum diligentia apparet, hæc lex sumpta ex libris regularum Modestini in quibus aliqua ad fiscum pertinentia tractantur, vt apparet ex *lege bonorum infra de iure fisci*, si illos libros heberemus, melius hæc possemus enunciare, cogitabitis vos an AEdipi vsurpemus vices, sed in re adeo obscura omnia tentare non est ineptum, neque opus est nunc quærere, an vbi fisco locus apperitur dicatur legatum valere, vel non, quia hæc nostram interpretationem, si alias secura foret, non subuertit.

non incidere in pœnam dictæ legis, quia non potest amittere id, quod nondum habet conditione non impleta. facit text in *l. 1. in §. 1. de annal. exceptio. C.* & tex. *in l. si in §. donec C. de iure delib.* vbi ius nondum productum præscriptione tolli non potest, alia alleg. D. *Petrus*, ego potius crederem etiam in legato conditionali, & nondum adueniente conditione habere locum pœnam dictæ legis non dubiũ, quod qui spem solam habet non minus à pœna immunis esse debeat, quam qui ius iam habeat, vt in *l. Sempronius Attalus infra de vsufruct. legat. in fi. princip.* non obstant superius allegat. quia non tollitur ius non ortum ex non facto, sed ex delicto quod in facto consistit etiam ius nondum quæsitum impeditur, & sibi præiudicat, ita vt adueniente conditione ab actione excludatur, si prius erat res ab herede recuperata, & hoc quando pœna non est extra rem: si enim esset extra rem, contrarium crederem, vt in *c. 1. in §. in super de prohib. feud alienat. per Federic.* & *in c. 1. in §. illud de capitan. qui cur. vendid.* cætera vi, per *Angel de Perigl. hic* qui bene explicat istum tex.

SVMMARIVM.

Ex §. cum ita.

1 *Appellatione rerum homines serui comprehenduntur.*
2 *Quid de vassallis.*
3 *An iura loco comprehendantur remissiuè.*

§. Cum ita legatur illi hoc amplius fundum illum cum omnibus rebus, quæ in eodem fundo erunt mancipia quoque continentur.

Not. quod appellatione rerum, quæ sunt in certo loco venient etiam res se mouẽtes vt serui, intellige de seruis illi fundo seruientibus, alias secus esset, cum neque pecunia ibi posita veniret, vt in *l. si mihi Meuia in fi. infra de lega 3.* de quo lat. *Pinel in l. 1. in 2. parte in num. 46. et seq. infr. de legat 3.* sed opponitur quod appellatione rerum homines non comprehendantur, personę enim rerum appellatione non veniunt vt in *l. 1. supra de statu hominum.* Sol. seruus licet iure naturæ æqualis sit aliis hominibus, iure tamen ciuili non habetur pro persona, vt *in l. quod attinet infra de regul. iur.* & hæc fuit ratio dubitationis istius tex. & tex. in *c. nulli extra de reb. eccles. non alienand.* & *in c. episcopi*, quinimo & vassalli respectu iuris, quod in eis habemus, rerum nostrarum appellatione comprehendentur, quia verba secundum materiam subiectam sunt accipienda, vt in *lege quos nos, infra de verbo, signi. in §. locuples*, & facit tex. in §. *quod autem instit. de legi. agnato tutel.* & vi. quæ ponit *Iass. in l. serui electione in §. labeo in num. 8. supr de lega.* 1. an autem iura loco comprehendantur vi. *l. Caius inf. eod.* diximus latè in istis nostris interpretationum libris.

SVMMARIVM.

Ex l. cum ita.

1 *Inducitur hic text. ad quæstionem.*
2 *Factum creditoris non potest ampliare obligationem.*
3 *De interpretatione l. si ex toto.*
4 *Quod si post mortem testatoris non pertinent ad legatum.*

Cum ita legatur, quidquid in horreo meo erit: & is cui legatum est, ex rebus non legans, ignorante eo ampliandi legati sui gratia in horreum intulerit: quod illatum est, non videtur esse legatum.]

Iste tex. fac. ad declarationem præcedentis, & istum tex. notat *Bart.* ad quæstionem & facit, vt notat etiam *D. Petrus Peralta ad declarationem l. regni nostri*, qua cauetur vt vxor lucretur 1
lectum commune, quod si mulier ampliandi lucri à lege declati causa plures culcitras, vel toralia immitteret, non proderit ei talis fraus, vt hic, ratio est, qui factum creditoris non debet debitori nocere, nam & si recipio in me 2
casum, non videor recipere illum, neque mihi imputatur qui ex facto aduersarij contingit, vt in *l. pen. C. de naut. fæno.* idem si non facto eius, sed causa eius contingat. vt in *l. si merces in §. culpæ supra locat.* facit tex. in *l. in his in princip. supr. solut. matrimon.* & intellige text. nostrum non solum vbi à legatario est res illata, verum à quocunque erit illata sine testatoris voluntate vel scientia idem erit quia testatoris voluntas ea non comprehendit, vt in *l. mater decedens supra de in officios. testa.* & hoc est expressum in *l. pen infra de aur. & argent. legat.* qui tex. impersonaliter loquitur, & diuinatio maxima foret legatarii ibi factum supplere inquir, enim tex. Atteius seruium respondisse scribit, cui argentum, quod in Tusculano fundo cum moreretur habuisset, legatum, esset & quod antequam moreretur, ex vrbe in Tusculanum iussu testatoris translatum esset, deberi contra fore si iniussu translatum esset.

Ideo opinio D. Petri Peralt, requirentis dolum legatarii, ita vt eo cessante res ignotãte testatore illatæ comprehendantur, falsa est, & contra illum tex. per quẽ hic noster debet interpretari, denique nisi volente, aut saltẽ sciẽter testatore & non aduersante aliquid inferatur in legato non venit, & ita augmentum non naturale, sed facto hominis contingens, nõ veniet nisi à disponẽte vel eius volũtate tacita vel expressa fiat: nam quod casu fit, neque auget, neque minuit legatum, vt elleg ãter inquit *Proculus ex Labeone in l. si ita legatũ, infra de legat. 3.* ibi, nec quod casu absit, minus esse legatum, nec quod casu ibi sit, magis esse legatum) & vi *l. cui qua Roma eo titul,* vbi concordan. in glo.

Sed hęc distinctio videtur esse contra mentẽ 3
doctorum, qui in *l. si ex toto supra de lega* 1. volũt, quod si in area tertij legata ædificium à domino areę super imponatur, non venit in legato, neque

neque distingunt id sciente, vel ignorante testatore fiat, sed non obstat quia sciẽtia in re propria, in qua fieri vel non fieri, prohibere possum, considerabilis est secus in re aliena, in qua scientia vel ignorantia nihil efficit, quia nullum habemus arbitrium, vt *in l. in re mandata C. mandat.* Item materia nostra loquitur de generali legato, quod futurum respicit, & in rebus, vt dixi, quæ testatoris erant, & verba dispositionis inspiciebant ex sua significatione vt legatum augeri, & minui possit, quæ cessant in materia areæ legatæ, de qua latissimè diximus *supra isto tit. in l. cum fundus.*

4 Vnum add. ad istam legem quod forsan nunquam intellexisti, quod illata post mortem testatoris etiam si eius voluntate inferantur, nunquam comprehendentur, etiam si verba sint generalia, & futurum respiciant, sed opus est, vt in vita inferantur, tex. est valde singularis *in l. apud Aufidiũ infra de aur. & argent. legat.* nisi post mortẽ id fieri testator iussisset ex his quę late diximus in lib. istarũ interpreta. in c. 8. in nu. 7. & nu. 10. quæ ita debent concordari, & distingui, quod valde nota, quia hæc nõ ponunt doctores nostri, & sunt necessaria pro plena interpretatione huius legis.

SVMMARIVM.

1 *Debetur legatum etiam mortuo grauato.*

§. QVod à legatario petitum erat vt alii restitueret: si legatarius decedat, hęres quoque eius id, quod legatũ est pręstare debebit.

Opponitur quod morte grauati legatũ ex-
1 tinguatur vt in *l. ille à quo in §. si de testamento inf. ad senat. Consult. Trebellia. & in l. Antonius infra de fidei commiss. liberta.* Sol. verum est vbi grauatus est hęres, quia si moriatur ante aditam hæreditatem, cum non transmissa adiri non potest, omnia corruent, & ita fidei commissum non debetur, sed hic tex. in grauamine adiecto legato quod transmittitur, & vid *Io. Dilectum Gualdens. in lib. de art. testand. in titul. 5. in cautel. 26.* sed opponitur, quod idẽ fit in hæreditate, vt legatũ mortuo etiã hærede debeatur, vt in *l. quanquã C. ad l. Falcid.* Sol. intellige quod ibi fuerat hæreditas adita vel abscripto hętede, vel ab eius hærede ex iure trãsmisso in casibus quibus transmitti hęreditas solet, quod apparet alioquin ipse hæres institutus nõ posset habere cõmodũ Falcidiæ quod text. ibi ei cõcedit. hĩc intellige istũ tex. nostrũ si legatũ accipere legatarius velit, alioquin nõ cõpelleretur vt per glos. hic, & est text. *in l. fidei cõmissum supra tit. proximo.*

SVMMARIVM.

Ex §. species.

1 *Contra eum, qui ex officio tenetur custodire est præsumptio culpæ, si res pereat.*
2 *Quando sufficiat ostendere pellem.*
3 *Nihil efficit caprarius sit socius, vel non sit.*

§. SPecies nominatim legatæ si non reperiantur,; nec dolo hæredis deesse probentur: peti ex eodem testamento non possunt.

Faciunt quæ diximus in *l. si pecunia. sup isto tit.* sed opponitur cum glos. quod hęres dolum malum, vel culpam abesse probare debeat, vt in *l. si quis domum in §. imperator supra eo.* & potest simul coniungere duas sequen- 1
tes oppositiones. Sol ibidem probare tenetur, quia officium eius erat custodire, ideo si pereat res periculo custodis perisse videtur, vt in *c. pen. extra de regul. iur.* quod tenet *Paul. hic,* & post Bal. sentit *Ange. de perigl.* qui eum limitat ex Imol. & istam sol. videtur sequi *Iass. in l. quod te mihi in num. 11. supra si cert. petat.* vbi etiam *Ripa* licet reprobet Iassonem in eo, quod sentit morte animalium non liberari eum qui tenetur ad custodiam, quia pręsumitur in eo culpa, tamen liberaretur, si culpa cessaret, & de hoc constaret denique contra eum, qui tenetur ad custodiam ratione officij est præsumptio, neque sufficeret caprario, vel pastori ostendere pellem animalis, quam dicit à lupo laceratam vt liberetur, & hæc præsumptio tollatur, vt per *Iasso. in l. si pascenda pecora C. de pact. & per Pala. Rub. in repetitio c. per vestras in §. 12. fol. 115.*

Sed mihi non possunt supradictæ distinctiones doctorum placere, neque enim vlla potest cõstitui differentia teneatur quis ad custodiam ratione officii, vel aliunde ad custodiam quis sit obligatus, ad idem enim quod hic tenetur ex ratione officii vel nomine, tenetur quilibet debitor ex natura contractus, vel obligationis, quare enim minus teneatur commodatarius ad custodiam rei, quam vendam accepit, vel hæres, qui debitor est rei hereditariæ, quam caprarius, quasi in capris, vel animalibus, quæ gregatim pascuntur, singulare ius foret quasi servi mali custoditi non teneatur hæres præstare culpã, vt *sup. isto tit. in l. si quis seruu,* & in specie legata non teneatur præstare custodiam, vt in *l. cum rei in §. culpa sup. de lega. 1. & in l. si ex legati causa infra de verbo. obliga.*

Denique debitor cuius libet rei custodiam præstare tenetur, re autẽ sine culpa perempta liberatur, *vt dictis ll. & in dict. l. quod te mihi,* culpa autẽ vel dolus abesse præsumitur regulariter, nisi facti ipsius natura aliud demonstret, nam & coniecturis & præsumptionibus dolus probatur, vt in *l. dolum. C. de dol.* ideo obitus naturalis non præsumitur culpa mors autẽ quæ potest vtroque modo cõtingere non pręsumitur sine dolo, quando potest afferre vtilitatem, potest enim aries, vel ouis occidi vt commedator, ideo non sufficit ostẽdere pellẽ, 2
sed sufficeret ostendere corpus ipsum laniatũ, ita vt appareat, non potuisse id factum esse animo lucri faciendi, ergo, vtrũ ostensio pellis ad excusationem sufficiat, vel non, iudex circunspectus ex re ipsa arbitrari poterit argu. *in l. non omnis in §. à barbaris, infra de re nulitar.* quid enim de pelle asini, cuius carnis nullus est vsus:

&c::a

& ita quæstio hæc facti, potius est quam iuris, & ad iudicem reucienda, neque ad iurisconsultum pertinet, vt *Scæuola* dicere soiet, qui in *l. Seiæ in §. fi. inf. de fund. instruct.* respondit, non de iure quæri, facit tex. *in l. Mæuia in §. vxore infra de annuend. lega. & in l. alimenta in fi princi. infra de alimen. lega. & in l. Aurelius in §. filiam infra de liberatio. lega. & in lege triticum infra de verborum obligationibus & in lege vtrum supra de don. inter vir. & vxor. & in lege non aliter in §. 1. infra de legatione tertia* optimus text. in *lege enim quem timere in. §. 1 supra de iudicib.* vbi *Vlpianus* inquit, iudicibus de iure dubitantibus præsides respondere solent: sed de facto consulentibus non debent præsides consilium impartiri, verum iubere eos, pro vt religio suggerit sententiam proferre.] & eleganter *Papinianus* ferè in hac materia in *l. mora de vsur.* an mora facta intelligatur, nec constitutione vlla, neque iuris auctorum quæstione decidi posse, cum sit magis facti, quam iuris.] facit text. *in l. ex facto in §. si quis rogatus infra ad senat. consult. Trebellian. & in l. Herennius ff. de verb significatio. infra & in l. in, ulam sup. qui potiores in pignor. habean.* alias leges allegauimus supra in libro tertio istarum interpretationum in c. 10. in fi. & in lib. 1. in c. 13. in num. 3. & in lib. 6. in c. 1. in nu. 8.

Frustra igitur in his quæstionibus se exercent doctores quasi hæc ad eos pertinerent, neque enim regula constitui potest, quæ facti circunstantia non eludatur, ideo consultius *Bart. in l. si quis ex argentariis in §. penul. supra de edendo*, hæc omittit & ad coniecturas specialiores transit, quæ iure comprobantur, & vid. *Deci. consi.* 473.

3 Quod autem *Imol. hic & Angel. de Perigl* distinguunt vtrum capitaneus sit socius lucri, vel non sit socius, sed tantum operas locet, eo pertinet, vt natura contractus colligatur, vt iudicemus teneatur de dolo, vel culpa leui, vel alia, sed vt dolus, vel culpa magis præsumatur, hoc nullum offert momentum, licet ipsi malè contrarium existiment.

SVMMARIVM.

Ex §. In fideicommisso.

1 *Intellectus Azonis.*
2 *Intellectus glosæ qui infra approbatur in nu. 5.*
3 *Intellectus Bar.*
4 *Intellectus Cuma. & nu. 14.*
5 *Intellect. glos. est verus.*
6 *Iste tex. loquitur de fideicommisso perpetuo.*
7 *Hic tex. non procedit si fideicommissum sit tacitum.*
8 *Instituendo hæredem, vel moriendo ab intestato, vtrum voluntas testatoris impleatur.*
9 *Vtrum proximior testatoris, vel hæredis præferatur.*
10 *Quid si vt non exeat de familia relinquatur.*
11 *Maioratus huius regni differunt à fideicommissis iuris communis.*
12 *In fideicommisso perpetuo proximior vltimi præfertur.*
13 *Positus in conditione quando censetur vocatus.*
14 *An sufficit vt sit de familia tempore testamenti.*
15 *Conceptus post mortem testatoris quando admittatur.*
16 *Vtrum repræsentatio admittatur.*
17 *Grauamen de portandis armis efficit maioratum.*
18 *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.*

ISTE tex. legitur pluribus modis per glo. & doctores quia eius species, seu exemplum non caret difficultate, & primo istum tex. intelligebat *Azo.* quem glos. refert vt tex. velit quod nominati primo in fideicommisso, quod familiæ relinquitur succedant, & eis deficientibus alij, qui fuerint de familia, scilicet, quando ita scriptum est familiæ meę relinquo fundum Petro scilicet, & Ioanni, in qua specie Petrus & Ioannes succedent, & petent fideicommissum, eruntque aliis potiores, eis autem deficientibus venient alij, qui de familia fuerint, sed istam interpretationem reprobant doctores secundum Paulum, quia in hac specie solum Petrus & Ioannes censentur vocati, & ita istam lecturam reprobat Bar. hic per tex in *l. fi. de verbo. signif.* ibi nulla speciali, & per tex in *l. legata supellectilis infra de supellect. lega.* vbi quando præcedit genus, & enumerantur species aliquæ genus restringitur ad illas species enumeratas, & ita contra Azo. tenuerunt *Iacob. de Aren. & Oldrad. & Alber.* qui eos refert, & *Cuma.* eos sequitur, solus tamen *Ioan. de Imol* Azo. defendere conatur, vt alij ordine successiuo veniant, quia dicta regula vera est, nisi in eo genere ordo successionis insit, sed hoc nihil est, quia dictio scilicet ponitur taxatiuè secundum Albericum, & benè quod sensui satis consonat, nam & enumeratio specierum, sicut potest personas, ita & gradus potest restringere, cohibere, & impedire. 1

Ideo glo. ponit secundum intellectum, scilicet quod fuit relictum fideicommissum familiæ ita, vt primi succederent Ioannes & Petrus, sed iste intellectus nullum dubium haberet & de re adeo manifesta frustra responderet iurisconsultus ex mente doctorum, sed Bal. sequitur istum intellectum, & vult glo. quod post hos venient sequentes eiusdem qualitatis scilicet cognati, si hi Petrus & Ioannes cognati erant, & non veniant agnati, sed hoc glos. postea non sequitur. 2

Tertium intellectum ponit *Bar.* vt ita fideicõmissũ fuerit relictũ Petro, & Ioãni, & familię meę fundũ relinquo, nã prius Petrus & Ioannes 3

postea

postea sequentes venient, qui sint ex familia, sed hic intellectus non est verus, quia Petrus, & Ioannes videntur in simul vocati cum familia secundum Bal. per tex. in *l. si mulieri cum liberis sup. de vsufruct. accresc. & in l. si quis Titio*, & contra Bal. libe. reoet *Rapha Cuman. in 2. col. Imol.* tamen vult defendere Bar. sed eius defensio non placet, quia nomen liberi est collectiuum graduum, & personarum sicut & nomen familia, vt in *l. libertorum de verbo. signifi.* lat. *Bar. Soci. in consil.* = *1 in nuiner. vol.* 4. licet Petrus & Ioannes cum sint ex familia, & sub nomine posito in secunda parte copulatiuè ex verbi significatu comprehendantur, tamen hoe non efficit quin simul veniant vt *in titulo de seruitutibus, & aqua*, & in illo euangelij loco, Dicite discipulis eius & Petro, in quibus non impeditur concursus, imo significatur, & ita dict. l. & hæ rationes destruunt opinionem Bartoli, neque est simile illi, qui sibi & liberis suis, vel familiæ emphyteusim stipulatur quod *Petrus Peralt. hic* refert *in num. 6. post Imol.* quia ordinata charitas in ea specie aliud exigit, maximè quia si vt hæredibus stipulatio intelligitur, eo viuente non possint esse vocati, quia viuus non habet hęredem, ideo iste intellectus non placet.

4 Vnde *Raph. Cuma.* aliter istum tex. interpretatur, quod hic fuit relicta res, vt hæres daret familiæ, vt in ea remaneret, neque exiret extra familiam, in qua specie hęres eligit, & electis extinctis venient qui ex nomine &c. & ita intelligit tex. ibi nominati scilicet ab hærede, non à testatore contra alios doctores, omnes hi intellectus, & hic tex. patiuntur maximam difficultatem, quia si intelligis quod hic fideicommissum fuit perpetuum, vt in familia remaneret, quare deficientibus proximioribus non in perpetuum remotioribus datur petitio, sed solum filijs primi gradus? contra *l. peto in §. fratre inf. isto tit* si vero non fuit perpetuum, sed temporale, vt ipse hæres institutus non possit alienare extra familiam sed familiæ relinquere, quare eligendo aliquem de familia fideicommissum non est extinctum, vt nullus alius fideicommissum petere possit, etiam si extra familiam alieoaretur? vt in *l. voluntas C. de fideicommiss. & in l. pater filium, in §. quindecim libertis de leg. 3.* vbi dicitur de parte redempta, quæ non cadit sub fideicommisso, quia non erat fideicommissum perpetuum, & ita intellectus Raph. Cuma. habet maximum dubium, item si vt doctores volunt loquitur tex. in fideicommisso perpetuo in quo datur successio, quare solis filiis defertur: rursus per cōtrarium si fideicommissum esset temporale, & familię factum, vt omnes de familia simul venitent iuxta *l. si cognatis de rebus dub.* postea procreati nullum ius haberent.

Item vt hæc penitus explicentur, notandum est quod doctores habuerunt in hoc text. non primo gradu vt nos habemus, sed proximo gradu & quęcunque litera sit, illi, qui sunt in proximo vel in primo gradu censentur inuitati, proximum autem, vel primum hic intellige etiam remotiorem, si proximior alius non sit vt in *l. proximus inf. de verb. signif.*

His ita explicatis puto quòd intellectus glos. & Bald. sit verus vt hæc l. ponat quæstionem de fideicommisso familiæ relicto, quis id petere possit, in quo respondet text. quòd si à testatore expressum sit, expedita erit quæstio, nam illi admittentur, & post eos omnes extinctos, qui de nomine, & familia fuerunt eo tempore, quo testator moreretur, vel ex his proximiores procreati, & sic text. loquitur de fideicommisso perpetuo relicto in familia. 5

Sed oppono vltra doctores fortissimè si istud fideicommissum est perpetuum & simplex, ergo & hi venient qui longo interuallo à morte testatoris sint procreati, alioquin perpetuum esse non posset, & tamen text. requirit quòd eo tempore, quo moreretur testator sint de familia, præterea text. apertè loquitur de fideicommisso non perpetuo, quia in limitatione dicit, nisi specialiter defunctus ad vlteriorem voluntatem suam extenderit. Sed his possumus respondere quod hic tex. requirit quod ipsi, vel eorum progenitores essent de familia eo tempore, quo testator moreretur, & quod dicit text. nisi specialiter defunctus ad vlteriores,] intellige vlteriores scilicet per transitum vocando remotiores, & ita vlteriores hic dicuntur non vt remoueantur vlteriores si non sint alij proximiores, sed dicuntur vlteriores respectu existentium proximiorum, qui vlteriores vel remotiores proximioribus pręferuntur, si specialiter testator hoc voluit non alias, & finge speciem huic text. vt non remaneat difficultas, testator relinquit fideicommissum vt perpetuo in familia remaneret, quæritur quis petere possit, & respondet Modesti. quod si testator aliquos nominauit, hi veniunt, & post eos extinctos in vita testatoris, vt sit tex. clarior hic venient, qui ex nomine defuncti fuerint cum moreretur testator, quia tunc incipit fideicommissum cedere & gradatim venient, qui ex his fuerint procreati, nisi expresè testator hunc ordinem conturbauerit vocando eos, qui remotiori gradu fuerint. 6

Nota tamen quod vbi primo nominato ius eligendi vel tacitè vel expresè datur iste tex. non procedet, tacitè autem electio data videbitur, si prohibeatur extra familiam alienare, nam videtur ei data optio dum in familia relinquat, ideo ab intestato decedat eius hæres proximior, si de familia testatoris fuerit, hoc fideicommissum cum cæteris bonis obtinebit, quia vocatus primus non fecit contra voluntatem testatoris, cum in familia reliquerit, & in hac specie cessat quæstio, vtrum proximior testatoris vel vocati sit præferendus, quia præfertur quilibet de familia, qui voluntatem primi vocati habuerit, cum testatoris voluntati eius electio expressa vel tacita non repugnet, quod si exterum hæredem instituerit, fecisse contra de- 7

functi

functi voluntatem erit manifestum, vt *in l. peto, in §. fin. infr. isto tit. & pro hoc in l. si quis prioris, in §. certum, de secund. nupt.* & idem si successione ab intestato exiret testatoris familiam, & perueniret ad eam personam, quam testator noluit admitti, vt est expressum in *l. codicillis, in §. matre, & vxore, infr. isto tit.* contra gloss. in *l. pater filium, in §. Iulius Agrip. de leg. 3.* & multos ex Doct. vt per *Iason. in l. voluntas, C. de fideicomm.* vide *Dec. in consil. 481. & Rip. in l. filiusfamilias, in §. diui, de leg. 1. in num. 97. & Tiraq. in tractat. de vtroque retract. in 1. part. in §. 29. in gloss. 1. in num. 4. & Reuerend. Episc. Segob. in c. Rainal. in prin. in n. 8. de test.*

9 Quando vero non est electio expresse, vel tacite concessa, sed proximior sit præferendus, quis is sit, vel testatoris proximior, vel is, qui priori vocato proximus sit quæstionis est, & in hoc si is, qui proximior est vltimo possessori genitus sit ab eo, vel à filijs suis, quæstio non habet difficultatem, cùm quia expressum est in hoc text. tum quia intrat dispositio *l. cum auus, de condit. & demonstr.* si verò non ex descendentibus, sed ex transuersalibus sit, qui præferri velit proximiori testatoris, quia proximior ille sit vocato priori, seu possessori vltimo, & in ea specie descendentibus deficientibus proximiorem testatoris, si de eius descendentibus sit, puto præferendum fore eadem ratione iure communi inspecto: si vero non sit de descẽdentibus adhuc idem videtur, vt familia potius testatoris præferatur, quàm istius vltimi possessoris, neque enim quod prætulit nominatum prius proximiori, præferre videtur totam eius familiam suæ familiæ. hoc enim in nulla corporis parte reperitur, immo ex *l. cum auus,* quæ pro descendentibus id concedit, in alijs contrarium esse obseruandum colligitur, & hoc verius puto, quia priori, non vltimo succeditur, vt in *l. vnum ex familia, in §. fin. de Falcid. infra isto tit.* alioquin eadem ratione ille, qui sit de familia posterioris, etiam si nullo modo esset de familia prioris præferretur, quod esset absurdum.

10 Quæ vera sunt nisi per verba hæc concepta esset vocatio Titij, vt res de familia non exeat, vel alienetur, quia tunc ex conceptione apparet sufficere, ne Titius alienet de sua familia, quia de sua intelligitur ne exeat, quia eam intrauit. nam supradicta vera sunt, quando familiæ relinquitur simpliciter, non quando Titio & ne de familia exeat, quia intelligitur de ea familia, in qua ipse testator rem constituit. nam quando familiæ relinquit, de familia testatoris proximior intelligitur. Hæc autem vera sunt, licet doctores nostri de hac re maximè controuertant, vt optimè colligit *R. Episc. Segob.* vt solet referendo multa *in suis partic. quæst. in q. vltima,* vera sunt iure communi.

11 Sed an hæc maioratibus nostris, quæ de iure communi cognita non erant. (est enim Hispaniarum propria & peculiaris successio, quæ successionem regni, Ducatus, Marchionatus, vel comitatus naturam per omnia sequitur.) possint adaptari, non leue dubium est. nam quod vnus solus succedat, & quod masculus præferatur fœminæ, nihil commune habet cum fideicommisso, quod familiæ relinquitur. primo quia fideicommissum, quod familiæ relinquitur, non adeo perpetuum est, cùm familiæ nomen iure communi non efficiat fideicommissum perpetuum, imo iure communi, etiam si testator perpetuo in familia remanere disponat, quartum gradum prohibitio & fideicommissum non excedit, vt in *authent. de restitut. fideicommiss.* vel quod hæc nominis familiæ naturæ sit. vt *Iacob. de Bello vis.* existimat, vel quod *Tribonianus,* qui pecunia corruptus leges fixit, atque refixit, vt Harmenopulus narrat, id constituere voluit, quod *Cuiacius* improbare videtur, vel quod has perpetuas successiones in rebus caducis ius commune non amplectebatur. nam etsi lex Tauri has difficultates sustulerit, volueritque in infinitum valere, tamen natura ipsa contra hominum ingenia semper in has perpetuas successiones machinatur. quotus enim maioratus est, qui antè quartam generationem, vel principum licentia, vel alijs modis non concutiatur, non minuatur, & destruatur? neque enim, vt memoria eorum perpetuo viuat aliter efficere homines possunt, quam rectè viuendo, & congregãdo eas opes, quas neque ærugo neque tinea demolitur, neque fures furantur, neque principibus subduntur, neque temporum varietatibus subijciuntur, verum illud est, vtpote à Spiritu sancto enũciatum, Thesaurizat, & ignorat cui congregat ea. quot familiarum excelsa nomina, & maioratus videmus alienis familijs suppressa? perijt memoria cum sonitu: neque enim durat vltra sonitum tintinnabuli ducẽtis ad sepulchrũ. sed de his sacri nostri doctores melius enunciant, & res ipsa indicat, vt opus non sit de his plura scribere, præstaret certè de his & semper meditari, vide quæ dicemus *infra in l. vnum ex familia, in §. sed si fundum,* & quæ diximus *supr. eod. in l. si quis Titio decem, in fine.*

Sed videamus vtrum hi perpetui maioratus, vt eorum institutores vocant, & existimant, & falso forsan, vt de carminibus Martialis inquit *Plinius,* prædictam interpretationem recipiant, 12
vt proximior disponentis, si vocati descendentes deficiant, præferatur, vel potius ille, qui vltimo possessori legitimo sit proximior, & puto in his perpetuis & infinitis, vt ita dicam successionibus retrogradationem non admitti, sed eum, quẽ cœpit tenere cursum obseruandum, idque naturæ ordinem postulare. nam etsi flumen, quem tenuit alueum vsque dum mare ingrediatur mutet, non tam fontis originem, quam quem modo cœpit mutare interrumpens solitum cursum, debemus obseruare, forsan melius, & directius à fonte ipso posset alueus duci, sed dum vsque ad certum locũ peruenerit, si postea mutetur, ab eo erit ducenda linea, re-

gulaque sumenda, non enim fieri sine miraculo potest, vt tamquam Iordanis conuertatur retrorsum. uam licet alius sit proximior testatori, hic tamen est proximior voluntati testatoris in hoc fideicommisso maioratus perpetuo, si sit proximior vltimo legitimo possessori quod in temporali verum non est, vbi simpliciter vocatur familia, sed vbi personæ certæ prius relinquitur, puto illius habendam esse rationem, quia qui illi est proximus, licet non sit testatori, est tamen eius voluntati proximior, cùm sit illi personæ, ad quam ex voluntate disponentis ducta est successio, vt dixi.

Non obstat quod *l. cum auus*, solum pro descendentibus id statuat, quia id verum est, vt excludatur expressum fideicommissum, sed hic non agimus de excludendo fideicommisso expresso, sed de interpretandis verbis dubijs testatoris, inter quæ maxime interest, quod est valde singulare.

Denique testatoris proximiorem consideramus, nisi testator apud alium rem constituit expresse, quia tunc de proximiori illius debet intelligi. Secus quando simpliciter familiæ relinquit, alioquin quid diceremus si extero legasset, & iuberet ne res de familia exiret, nonne intelligi deberet de ea familia, quam intrauit extero relinquendo. facit text. in *princip. de assignat libertor.* text. in *cap. 1. in fin. de natur. succes. feud.* de hac re multa ponit *Bartol. Socin. in consil. 249. in num. 10 cum sequent. volum. 2. & Tiraquell. in tractat. de vtroque retractu in 1. parte, in §. 11. in gloss. 1. in num. 20. & D. Episcop. vbi supra*, sed nos breuissimè veritatis scopum, ni fallor, attigimus. nam ius commune ad hos nostros maioratus simpliciter non solum in his, quibus conueniunt male adaptatur, melius ius commune Romanis & Italis fideicommissis conuenit, cùm non vni soli, sed pluribus deferantur, licet familiæ successionem perpetuo obseruent.

Ex his possemus ostendere multos nostrorum errores, qui dum ius commune ex obseruatione nostrorum maioratuum interpretantur, multa falsa proferunt, hoc tamen optimè intellexit *D. Ludouic. Molin. in lib. de Hispano. primogen in c. 6. nu. 46. & 47. & in lib. 3. in c. 9. per tot.* vbi hoc latè disputat, qui copiosè & diligenter istos maioratus primus omnium interpretatur.

13 Qui etiam ex eo filios positos in conditione rectè succedere putat, sed malè existimat positum in conditione leui coniectura admittendum *in lib. 1. cap. 6. in num. 3.* cùm tamen non quælibet coniectura, sed neque fortes sufficere soleant, vt diximus in *l. Gallus, in princip.* id tamen in maioratibus nostris necessarium est, non tam ex coniectura, quàm ex expressa vocatione; ideo in his maioratibus superflua est hæc quæstio, sicut & illa, vtrum succedatur per vulgarem, vel fideicommissariam, vel vtrum succedatur simul, vel ordine successiuo quando ponitur copula &, vel cum, inter personas. hæc enim in maioratibus nostris adeo ex sua natura, & verborum significatione sunt manifesta, vt in controuersiam cadere non possint, si maioratus sint cùm apud plures eodem tempore esse non possint.

Sed oppo. dicitur in text. post hoc omnes extinctos, & videtur quod sufficit, vt vnus extinguatur, vt eius partem alij petere possint, vt in *l. is qui complures. infr. de legat. 3.* Sol. dicendum est hic omnes debere esse extinctos, quia qui petere volunt non sunt proximiores superstitibus, vel si essent, superstes tamen ex iure accrescendi præfertur, si portio non erat quæsita; secus autem si portio esset quæsita, vt *in d. l. is qui complures*, vt ibi notat glos. quia tunc non coniuncto si proximior non esset deferretur, ex quo apparet, quod intellect. Cuman. ad istum 14 textum non est verus, scilicet quod iste textus intelligetur de nominatis ab hærede. inter quos, cùm iam portio quæsita sit, cũ post mortem testatoris fiat electio, ius accrescendi esse non poterit, vt in *l. contraria*, ergo non requiritur, quod omnes deficiant, vt sequentibus locus fiat, quinimo neque ante portionem quæsitam inter nominatos ab hærede ius accrescendi esse poterit, quia non à testatore coniunguntur, sed ab homine inter viuos. quod est singulare, & hic est verus sensus quicquid *Paulus* velit.

15 Item oppon. dicit text. eos venire, qui tempore mortis testatoris fuerint de familia, sed certum est, quod sufficit quod fuerint de familia tempore testamenti, etsi non fuerint tempore mortis, vt in *l si cognatis, infr de reb. dub.* Sol. verum est quod sufficit, quod fuerunt de familia tempore testamenti, etiam si non fuerint tempore mortis, dum tamen viuant, & eo tẽpore vt ibi, non si decesserint, vt hic, & hæc est clara solutio. Ibi nõ nocet extinctam esse cognationem, hic vero impedit extinctam esse personam, ibi de qualitate agitur, hic de substantia: licet gloss. & doctores hanc difficultatem inuoluant, & licet ex mente Bart. *in d. l. si cognatis, in 1. col.* dici possit, quod ibi fuit relictũ legatum cognatis, vel familiæ, sed non, vt in familia remaneret: ideo sufficit semel esse cognatos, vel de familia, hic verò, vt in familia remaneret, tamen melior est dicta sol. quia hic non constat tex. loqui de fideicommisso perpetuo, in quo verum est, neque requiri, vt tempore testamenti, neque mortis sit cognatus, cùm conceptus post mortem, & post longa sæcula admitti possit, vt videmus in omnibus maioratibus, & text. noster probat, cùm ex eis procreatos admittant, quos ex contextu huius literæ sufficit procreari etiam mortuo testatore, cùm tempus mortis testatoris non eorum respectu, sed parentum consideretur.

16 Nam text. in *l. Titius, infra de suis & legitim. hered.* in successione ab intestato tantum locum habet, non in successione ex testamento, vel cõtractu, vt in emphyteusi perpetua, quinimo solum in legitima successione, & in bonorum

possessione

possessione Iuliani responsum, de quo in *dict. l. Titius*, locum habet, vt inquit *Paulus, in l. Paulus, in §. Paulus respondi nepotem, infra de bon. libertor.* & ita responde ad dictas leges, & tenet *Decius in consil. 217. in fin.* sed opponitur, quia idem videtur obseruandum in testamentaria successione per *legem verum, inf. de bonor. possess. secundum tabul.* vbi loquitur de bonorum possessione secundum tabul. quæ instituto dari solet, & illum textum ad hoc not. *Acost. in §. posthumus, instit. de legat. in pag. 14.* sed quicquid sit, in fideicommissis, & alijs successionibus particularibus, *dict. l. Titius*, locum non habet, vt probatur hic, quod multi tenent, vt refert *Tiraquel. in tract. de vtroque retract. in 1. part. in §. 1. in gloss. 9. in num. 89.* denique in fideicommisso successiuo non requiritur qualitas tempore testamenti, vt diximus. ideo Solut. & intellectus doctorum, quos hic refert *Angel. de Perigl.* quod hic inspiciatur tempus testamenti, verus non est, & de *dict. l. si cognatus*, diximus *supra eodem, in lege cum quidam.*

17 Item pro expeditione quæritur, vtrum in hac proximitate repræsentatio admittatur, vt is præferatur cuius pater præferretur, sicut in alijs successionibus, vt in *authent. cessante, & in auth. post fratres de legitim. hæredib.* & glos. hic vult repræsentationem locum habere, & eam videtur sequi *Imol. Cuman. & Angel. de Perigl. contra Bald.* & videtur cum glos. communis opinio secundum *Socin. in dict. consil. 249. in num. 21. Bald.* autem repræsentationem in hæreditaria successione tantum locum habere, non in fideicommissis existimat, quod etiam sequi videtur *Angel. in §. fin. de hæreditat. quæ ab intestat. & Phil. Dec. in consil. 1. in 2. column. & in consil. 79. in colum. 1. & in consil. 217. & 527.* & vide *Guald. de art. testand. titul. 5. in cautel. 27.* & videtur de iure non esse locus repræsentationi in his fideicommissis, & in alijs successionibus. argument. text. in *l. si libertus præterito, in §. final. de bon. libert.* de quo vide *Gregor. Lopez in l. 3. in tit. 13. pag. 6.* ego puto iure communi hoc verius esse, sed in maioratibus nostris, qui ad perpetuum fideicommissum tendunt, longior requiritur disputatio, maximè stante dispositione textus *in l. 40. Tauri*, in qua deciditur illa controuersia, quæ erat de iure communi, vt per *Iason. in l. is potest, de acquirend. hæredit.* & latissimè (vt solet) *Tiraq. in suo tract. de primogenit.*

18 Et add. quòd si relioquatur fideicommissum cum onere, vt portet arma, & nomen gentile, iure primogenituræ succedetur, vt per *Guidon. decis. 467.* & eadem ratione masculus excludet fœminam: & idem erit si vnus tantum succedere velit, quia primogenitus præfertur, vt per *Aretin. in consil. 162. colum. 3.* ego puto quod in Hispania in Castellæ regnis, vbicumque fideicommissum est perpetuo relictum, semper iure primogenituræ sit inductum: secus in Italia, maximè Romæ, quia ibi sunt fideicommissa perpetua secundum ius commune, & diuiduntur: at in his regnis illa fideicōmissa non sunt in vsu, sed maioratus, ideo non secundum illa fideicommissa, sed secundum ius maioratus in dubio fiet interpretatio, argument. *in l. si fundus venierit, supr. de euiction.* cum concordantib.

Vltimò nota, quod sufficit quem probare esse de familia, vel consanguineum, licèt non probet se proximiorem, quia si alius velit eum excludere quòd non sit proximior, ille debet probare ex his quæ not. *Bartol. in l. si quis seruum, in §. si inter supr. isto titulo.* notant recentiores, (licet Bart. non allegant) *Cuman. Roman. Alex. & Iason in dict. l. is potest. & Tiraq. de retract. in 1. part. in §. 11. in gloss. 1. in num. 5.* & ita sit expedita hæc l. circa quam multa ponit *hic Dom. Petr. Peralta*, sed confusè satis.

SVMMARIVM

ex l. Legatorum petitio.

1 *Obligatio inter hæredes diuiditur ab initio per legem.*
2 *In facto quilibet hæredum tenetur in solidum.*
3 *Actio hypothecaria vtrum detur in solidum, vel pro parte.*
4 *Vtrum in collectis diuites teneantur pro his, qui soluendo non sunt.*

M*odestinus l.* Legatorum petitio aduersus hæredes, pro partibus hæreditarijs competit, neque pro his qui soluendo non sunt, onerari cohæredes oportet.

Oppo. quod alio existente non soluendo alius teneatur, vt *infra de fideiuss. l. inter fideiussores.* 1
Solut. ibidem à principio obligatio non fuit diuisa, sed ope exceptionis beneficio epistolæ diuiditur, ideò cùm solida sit à princip. ita demum diuidetur, si socius sit soluendo, non aliàs, vt ibidem expressè hæc ratio ponitur, & præmittitur: & probatur in *§. si plures, instit. de fideiuss.* at inter hæredes à princip. ex iure duodecim tabularum diuiduntur actiones actiuæ, & passiuæ, vt hic, & *C. si cert. petat. in l. 1. & de hæred. act. l. pro hæreditariis ex Alberi.*

Sed oppo. cùm eo quod etiamsi à principio sit diuisa obligatio, tamē ex inopia socij socius oneretur, vt *infr. de iure fis. in l. aufertur. in §. fin.* Sol. specialiter ibidē hoc statutum est, quia eis contra ius commune aliud priuilegium ibidem expressè datur, quod probatur *C. de cond. furt. in l. fin.* deberent enim teneri in solidum à principio, sed cùm hoc eis remittatur, vnus pro alio non existente soluendo, non conuenitur.

Item oppo. quòd hæres quilibet ad legata exoluenda in solidum teneatur, vt *infr. tit. 1. in l. fideicommissa, in §. si in opere.* Solut. ibi loquitur in legato faciendi quod indiuiduum est. facta enim indiuidua sunt, nec per l. 12. tabularum inter hæredes diuiduntur, vt *de verbor. oblig. in l. in executione, in §. secunda species*, & quod in legatis indiuiduis & obligationibus hæc l. locum non habeat, probatur *infra ad legem Falcid. in l. is qui quadringenta, in §. 1. secundum Raph. hic.* 2

3 Sed quæritur an quod dicitur in *hac l. in hypothecaria*, locum habeat, doctores hic dicunt quod sic, vt in *l.1. C. commun. de legat. circa fin.* tu dic clarius, aut agitur hypothecaria ad rem legatam, aut ad alias res hæreditarias tanquam obligatas, si ad rem legatam ageretur contra possidentem rem pro parte quam possider, & si totam possidet, ad totam agetur. argum. text. *in lege 3. in §. heres, suprà commodat.* & idem in actione personali ex testamento, vt si totam rem legatam possideat, in solidum agi possit, quia pro bonæ fidei actione habetur. vide quid *Cuman. infra eod. in lege cum ab vno*, aut agitur hypothecaria ad alias res, quæ legatæ non sunt, & solum agitur pro hæreditaria portione per *dict. l.1. in fin.* & ita intellige quæ hic voluit *Cuman.* licet ita non explicet.

4 Vltimo loco inducitur hæc l. per Battol. & doctores ad quæst. si imponatur collecta, si aliquis rusticus non est soluendo, vtrùm grauetur alius, & per hanc legem dicit quod non, tu dic ex supradictis, aut distinguitur à principio, & diuiditur ex personis collecta, & procedit ista opinio per hanc legem, aut non diuiditur, quia non imponitur per capita, sed toti vrbi, vel plebi tanta pecunia, & tunc cùm non diuisim indicatur, grauantur qui soluendo sunt ex illis, qui pauperes fuerint per dictam legem inter fideiussores, & hæc est vera opinio, & ita intellect. *Bart. de apoch. publ. li. 11. in l. semel*, quem *hic Paul.* refert, vide *Iason. in numer. 21. in l. 4. de re iudic.* & vide gloss. hic quæ clara est satis.

SVMMARIVM

ex §. Qui plures.

1 *Scæuola fuit in respondendo morosior.*

§. QVi plus hæredes instituit testamento, à quibusdam nominatim relinquit legata: postea codicillos ad omnes hæredes scripsit. quæro quæ legata debeantur. Modestinus respondit, cum manifestè testator testamento expresserit, à quibus hæredibus legata præstari vellet: licet codicillos ad omnes scripserit, apparet tamen ea quæ codicillis dedit, ab his præstanda esse, quos munere fungi debere testamento suo ostendit testator.

Iste textus est satis bene explicatus per *Cuman. & Angel. de Perigl.* in præsenti. vide per eos: & certè si quæstio huius legis esset proposita Scæuolæ, respondisset facti quæstionem esse, vt & alias *infr. de fundo instr. in l. Seia in fin.* quo pacto enim potest ostendi voluntas defuncti, si verba codicillorum adiecta non sint? ille enim

1 & merito in hoc morosior circumspectiorque est, vt non nisi subiectis verbis testamenti quæstioni respondere velit. vide quæ diximus *supr. eod. in l. cum ita, in §. species.* facit *de transact. in l. de his*, & quæ diximus in libr. 3. in cap. 10. in fine. vbi plures leges allegauimus, & ad istum text. vide *Bartol. in l. quæsitum, in §. fin. 2. column. infrà de fund. instruct. in num. 11. & 12. Ias. in l. emptor, in §. fin. supr. de pactis.*

SVMMARIVM

ex l. Titia cum testamento.

1 *Etiamsi serui certi essent non valeret legatum.*
2 *Etiam si loqueretur per verbum de præterito, non valeret legatum.*
3 *Verus intellectus l. si ex ea scriptura. & l. cum tale, & num. 4.*
5 *Intellectus l. qui volebat, de hæred. instituend.*
6 *Intellectus l. Proculus de vsufruct.*
7 *Intellectus l. denique in §. interdum, de pecul. legat.*
8 *De intellect. l. 1. C. de pecul. eius qui liberta. meru.*

TItia cum testamento facto decederet, hæredibus institutis Mæuia & Sempronio filiis suis ex æquis partibus, petii à Mæuia vt Stichum seruum suum manumitteret in hæc verba, A te autem Mæuia filia charissima peto, vt Stichum seruum tuum manumittas, cùm in ministerio tuo tot capita seruorum tibi his codicillis legauero, nec legauit. Quæro quid his verbis relictum videatur: cùm vt supra comprehensum est, duobus hæredibus institutis defunctam testatricem, & mancipia hæreditaria duarum personarum fuisse, & codicillis nihil relictum sit de præstandis mancipijs, nec posset vtile fideicommissum putari, quod datum non sit cùm legasse se dixerit, nec adiecerit legari speciem, neque ab hærede vti præstarentur mancipia petierit. Modestinus respondit, ex verbis consultationi insertis Mæuiam neque legati, neque fideicommissi petitionem habere, neque libertatem seruo suo dare compelli.]

Consultius *hic Modestinus* refert verba testatoris, quod non satis in lege præcedenti, *in §. qui plures* obseruauerat: & hunc text. confuse satis explicant doctores, ideo opus est distinctè eum interpretari, duæ enim circa istum textum versantur difficultates, prior est quare non valeat legatum seruorum in Mæuiæ vtilitatem, altera est quare legatum libertatis non valeat. Ad primam difficultatem primo modo respondetur, quod legatum Mæuię factum, vel prælegatum non valeat, quia incertum legatum sit: neque enim capita seruorum expressit, ideo incertitudo vitiat legatum. Sed opponitur nonne ex seruis quos in patrimonio relinquit huius legati poterit certum haberi, nonne si duos vel tres reliquerit in patrimonio, hęc verba apta erunt omnes comprehendere, cum tot capita legauero? argument. *infr. de optione legat. in l. 1.* item facti quæstio esse poterit, de quibus senserit testator. argument. *l. falsa demonstratio, versi. sed si controuersia, infra de condit. & demonst.* Solut. ex mente gloss. etiam si certi essent serui, 1
non valeret legatũ, quia in futurum sint verba cõcepta, quasi legaturũ se dixerit, nõ legasse, seus

cus si legasse dixisset, quià valeret, si de re constaret, vt in *l. ex hac scriptura, infra de donationib.* secundum gloss. sed certè non placet vt inducatur
2 legatum etiam si legasse dixisset, vt probatur ad literam in *l. cum tale, in §. falsam legati demonstrationem, infra de condit. & demonstrat.* qui text. loquitur in hac specie. inquit enim, Falsam legati demonstrationem non facere legatum Sabinus respondit, veluti si quis cum Titio nihil legasset ita scriptum reliquerit, ex centum quæ Titio legaui quinquaginta hæres Seio dato, idque sumpsit ex defuncti voluntate, quia non animo legandi, sed diminuendi legatum, quod falsò datum existimaret, ita scriberet.]

3 Non obstat *dict. l. ex hac scriptura*, quia ibi enunciatio facta est in vim confessionis, cuius contrarium non potest constare, vt sciat me Titio donasse, secus vero vbi refertur ad scripturam, quia si constet de errore, non inducitur dispositio, vt Titio centum in codicillis legaui, si in codicillis id non reperiatur, legatum non valet: neque obstat quòd in *dict. lege ex hac scriptura*, videatur induci legatum, ergo nõ habetur pro veritate, quia valeret vt donatio. nam respondeo, quod vbi confessio non est circumscripta, valet vt legatum, quia constat omnino velle, vt debeatur, at cùm est circumscripta, & refertur ad scripturam, tunc non cõstat de voluntate libera, sed circumscripta, ideo non inducitur legatum, vt *hic & in dict. l. cum tale*, & hæc interpretatio forsan est melior, quàm illa quam ponunt Doctores *Bart. in dict. l. ex hac.* an verba enunciatiua sint propter se, vel propter aliud emissa, alioquin *si in dict. l. ex hac scriptura* esset adiectum, ideoque ex illis vestibus libertus ille det vnam Sempronio, totum corrueret, quasi non esset simplex prior dispositio, sed propter aliud, vt in *dict. l. cum tale*, quod non placet. non enim minus plena est illa prior voluntas propter hanc adiectionem, immo plenior videtur, cùm duorum fauor concurrat, sed verius est, quia ibi indefinita est confessio, hic verò circumscripta, & in *dict. lege cum tale*.

4 Item oppo. contra secundum dictum, quod etiam si non valeat legatum seruorum, valeat legatum libertatis istius serui, primo per text. expressum in *dict. l. cum tale, in dict. §. falsam legati*, vbi licet non valeat legatum Titij, valet Seij legatum. Solutio, ibi non legauit à Titio falso honorato, sed ab hærede, hic vero legauit ab honorato, licet honoratus etiam fuerit hæres, ideo cum falsò fuerit honoratus in ea re, ob quam fit legatum, defuit legatum ex falsa causa, etiam si verbis dispositiuis sit factum, vt hic fuit factum. nam verba enunciatiua non istud legatum, sed prælegatum hæredis respiciunt, licet doctores quodammodo confundant. nã de prælegato locutus fuit testator enunciatiue, de legato vero dispositiue: denique falsa causa adiecta legato vitiat legatum, si falsa causa versetur circa commodũ, propter quod fit legatum, alias secus vt in *dict. § falsam*, neque distinguo in futurum causa concipiatur, vel in præteritum contra glos. & doctores, licet facilius sit prior casus. ex his colliges veram interpretationem harum legum, & *dict. l. ex hac scriptura*, quando verba enunciatiua disponant, & secundum doctores distinguendum est, aut verba enunciatiua se ipsa respiciunt principaliter, & inducunt dispositionem, vt in *dict. l. ex hac scriptura*, aut enunciatur propter aliud, & non disponunt vt hic, vel quando enunciant in futurum, vt ex decem quæ relicturus sum. nam tunc non inducunt dispositionem, vt hic secundum verum intellectum.

Sed oppon. contra omnia supra dicta d. 5
textus in *l. qui volebat, supra de hæredib. instit. scnd.* vbi verba enunciatiua restricta inducunt dispositionem etiam si constet vera non esse. nam inquit ibi *Modestinus*, Qui volebat filiam exhæredare, sic testamento comprehendit; Te autem filia ideo exhæredaui, quoniam contentam te esse dote volui. quæro an efficaciter exhæredata sit? Modestinus respõdi nihil proponi cur non esset voluntate testatoris exhæredata.] Ecce quod falsum est eam exhæredasse, idque ex lectura testamenti colligi potest, si tenemus doctorum regulas, quod enunciatiua verba propter seipsa emissa disponãt. Clara est solutio, talia enim sunt verba illius text. sequeretur tamen, quod si adiecisset, ideoque tibi centum lego, vel aliud, ita vt non propter se essent ea scripta, quod non procederet lex illa, quod durum est, ideoque si in *l. ex his verbis, C. de testament. milit.* Fortunato nihil esset legatum, fieret liber, eo vocato liberto, quod nemo dixerit, cùm maior sit voluntas legato adiuncto, quam simpliciter liberto vocato. argum. text. in *l. 1. C. de pecul. eius qui libert. mer.* ideo melius est tenere regulam, quam supra posui, & ad istum textum respondebimus elegantissimè ibidem verba enunciatiua operari, quia primatiua sunt, ideo indefinita, imo ex verbis ipsius testamenti vera sunt non falsa. nam licet exhæredatio propriè sit, cùm filijs expresè hæreditas adimitur, tamen vbi non datur data opera, idque exprimitur, ex voluntate testatoris exhæredatio inducitur. nam si quis filios & filias habens quatuor, institutis tribus expressa Seia filia se exhæredasse dicat, non malè dicetur eam exhæredatam, cum sciens & prudens eam non admiserit causam etiam adiiciens. & tunc verba enunciatiua operantur, quia largo modo vera sunt non falsa, neque me mouerit quod *dict. l. qui volebat*, in filia data opera non in masculo loquatur, vt rectè animaduertit *Emanuel Cost. in lege Gallus, in §. & quid si tantum, in pagin.* 109. quia filius nominatim solemnibusque verbis sit exhæredandus, quod verum est, vt ex his quæ etiam nos in *titulo de libert. & posthum.* diximus apparebit, sequendo opinionem Ioannis de Imol. & Costæ, non

tamen hoc tollit, quin verba illa efficacia sint, vt enunciatio illa regulariter voluntatem validam eliciat, & quæ inducat dispositionem extra illam speciem excepta filij exhæredatione, ideoque in legatis & fideicommissis sufficerent illa enunciatiua verba, quia vt diximus, non omnino falsa illa enunciatio est, sed potius vera, quando enunciatio est in materia priuatiua, secus verò est in non priuatiua. nam si quis ab hærede suo Titio leget non videtur ex hoc institutus, vt in *l. hæreditas, ad Statium, supra de heredibus instit.* & ita debet interpretari *dict. l. qui volebat*, melius quàm per *Imol. hic*, quia eius intellectus est contra istum text. cum glo. cùm hic text. locum habeat etiam si incertitudo cesset, & verba in præteritum sint collata, quia etiamsi per modum causæ fiat enunciatio, non inducitur per eam dispositio.

6 Sed opponitur quod ex grauamine inducatur legatum, vt in *lege Proculus, supra de vsufructu.* Solutio, ex grauamine inducitur interpretatio legati, etiam si verba improprientur, non tamen omnino inducitur originalis datio. nam grauamen efficit quod legatum vsusfructus de causali vsufructu intelligatur, & sic de dominio, vt in *l. qui vsumfructum, infra de verborum obligationib.* & argument. in *l. si alij de vsufruct. legat. infra & in l. Lucio, supra, isto titulo*, sed magis placet quod intellectus Doctorum non sit verus ad *dictam l. Proculus*, vt benè considerat *Pinel. Lusit. in l. 1. in 3. part. in num. 41. cum seq. C. de bon. maternis.*

7 Item videtur obstare fortis textus in *l. denique, in §. interdum, de peculio legat. infra.* neque intellect. *Bartol. in numero 5. & 4. in dict. l. ex hac scriptura* valet, quia est contra textum expressum in *lege legata inutiliter de adimend. legat. & dicta l. cum tale, in §. falsam, & in dict. l. hereditas ad Statium.* & hic cum gloss. interpretatione, ideo ad dictum §. interdum verius dici potest, quod in peculio serui manumissi facile est induci legatum, quia suum est patrimonium, ideo retentione opus magis est, quàm datione, quod facile inducitur, ad quod etiam facit id, quod supra de priuatione diximus, vide text.
8 in *lege prima, C. de pecul. eius, qui libertat. meruit*, qui licet videantur obstare non obest supradictis, quia datio requiritur qualis qualis: & quod ibi dicitur specialiter, non simpliciter est sumendum, sed comparatiue ad præcedens responsum, quod nota.

S V M M A R I V M

ex §. Lucius Titius.

1 *Quid synthesis dicatur.*
2 *Quid significet hoc à seipso.*
3 *Hac sumitur, id est propria auctoritate.*
4 *In vna persona non potest esse obliquatio.*
5 *Hæres non potest prælegatum capere propria auctoritate.*
6 *Quid veniat appellatione pertinentium.*

LVcius Titius in testamento suo ita cauit, &c. 1. Octauianæ Stratonicæ dulcissimæ filiæ meæ salutem; volo eam à seipsa accipere villam Gazam cum impositionibus suis omnibus, Octauiano Alexandro dulcissimo filio meo salutem præcipuam; volo eum à seipso accipere synthesim sterilium villatum cum impositionibus suis. quæro an huiusmodi scriptura integrum prædium singulis datum esse videatur, an verò partem hæreditariam duntaxat contineat: cum inutiliter à semetipso quæque eorum; quam habebat partem accipere voluit. Modestinus respondit, non sic interpretandam scripturam, de qua quæritur, vt fideicommissum inutile fiat. Item quæro si integrum prædium relictum esse videtur, an pretium portionis fratri & cohæredi soluendum sit. vt hoc ipso à semetipso accipere præcepit, pretio illato integrum habere cum voluerit. Item respondit, ad solutionem pretij fideicommissarium minimè compellendum.]

In tex. ibi, synthesim sterilium villatum glo. 1
ridiculè exponit text. sicut & alias in expositione istius dictionis hallucinatur in *l. Titia, in §. 1. infr. de aur. & argen. legat.* dicitur autem synthesis compositio, seu collectio plurium rerum eiusdem speciei inuicem se respicientium, vt dicimus de seruorum choro, & vestium etiam synthesis dicetur, & armorum, quibus instructus quis ad omnes bellicos vsus esse potest, & quibus & cataphractus, & leuis armaturæ miles armari possit, & ad ludendum etiam, & proludendum esse armatus, sic & synthesis dici poterit ornamentum Episcopi quod pontificale vocatur, in quo vestes Pontifici necessariæ ad omnia sui officij munia exercenda continentur, sic & synthesis sterilium villarum hic accipitur, vt sub hoc nomine plures villæ connexæ vni capiti, veluti quædam membra sibi correspondentes, vnum corpus efficientes, sic in *dict. l. Titia.* Synthesis ad vestem relata vestes omnes, quibus ornata materfamilias esse potest, ita vt coopertoria, tunicæ, & palliola, & cæteræ vestes vnius speciei comprehendantur, vt si sit synthesis quædam alba, quædam verò nigra, quædam purpurea, & sic de singulis vt omnia corpora vnius coloris, quæ vestem faciant completam comprehendat. vide *Alciat. in lib. 2. Parerg. in cap. 21. & lib. 1. prætermisso.* in hac ipsa dictione synthesis secundum quem synthesis in vestibus erit, quod vulgari verbo dicitur *librea*, & synthesis vasorum *el aparador*, verùm tamen quod vt putat *Alciat. ibi. circa interp. l. alumnæ in §. Titia de adim. leg.* non synthesim, sed synctesin legẽdum, quod latifundiũ significat, possumus & hic dicere, vt ita hic debeat legi.

Sed opp. contra istum tex. hæredi à se ipso legatur frustra, vt in *l. legatum in §. 1. sup. de leg. 1.* hic autẽ legatur à seipso, ergo legatum est nul-
lum. Solutio, quod tex. dicit à se ipso, non de- 2
bet interpretari vt legatum inutile sit, vt textu dicit, ideo glos. ponit plures expositiones,

nam

nam verba debẽt impropriari, ne actus pereat, vt in legibus vulgaribus, vide *Angel. de Perig. hic.*

Prima ergo expositio glos. est vt capiat à se ipso idest non immediate per filium vel seruum, quod non adeo est vtile, ac si per seipsum capiat, vt in *l. 3. inf. de lega. præstand.* quam glo. allegat, sed hæc expositio licet doctores non tangant, non est bona, quia hoc verbum à seipso in hac specie superfluum esset. facto enim ipso ostenditur, si seruo, vel filio non legauit, quod per se ipsum non per alium acquirit, ideo hæc verba in hac significatione superfluo annecterentur, & sine effectu.

Ideo glo. secundo modo exponit quod intelligatur à semetipso, idest directo, non per fideicommissum, quod foret si alteri legaret eiusque fideicommitteret, vt hæredi restitueret, & hæc expositio magis placet gl. sed multo minus est vera, quia ex facto ipso apparet hoc adijcere esse superfluum. Item quoad partem suam non valet legatum vt dictum est, quo ad partem vero cohæredis non potest dici capi à semetipso, cum capiatur ab hærede quæcumque verba adijciantur in legatis particularibus, omnia enim legata particularia obliqua sunt: capiuntur enim per mediam hæredis personam, non à testatore sicut institutio, vt in *l. sed si in conditione in §. fi. supra de hæredib. instituend. & in l. ex parte de acquirend. hæredit.* nam verbum lego ad legatarium dirigitur, non tamen ex hoc est directum, vt not. *Bart. in l. Centurio in 5. col. in numero 19. supra de vulga. & pupill.* nec enim vllum verbum est denotans particulare legatum quod directum sit. sola enim hæreditas directo capi potest, vt in *dict. §. fi.* licet ergo maior obliquatio videatur vbi Titio legatur, vt alius instituatur. est enim duplex obliquatio, quia de hærede ad legatarium itur, & de legatario ad fideicommissarium, non tamen ideo minus obliquum est præsens legatum, vel simplex legatum cum ab hærede debeatur, & actio ex testamento oriatur, vbicumque ergo aliquis ad legatum est obligatus non potest dici capi directo. hæreditas autem directo capitur, quia nullus ad eum est obligatus ex testamento, sed ipse hæres à testatore capit, & ita hæc glo. expositio vera non est, quæ enim differunt secundum plus & minus, nõ differunt in substantia, vt in *l. fi. sup. de fundo instructo,* nullum ergo legatum est quod directo capiatur, quamuis aliqua obliquiora sint, vt dicemus *infr. eo. in l. vt hæredibus. Bar.* infert ad quæstionem quod non est materiæ nostræ, sed est materia compendiose.

3 Tertio modo glo. intelligit istam tex. vt intelligatur à semetipso, idest vt propria auctoritate apprehendat, & hic intellectus differt à præcedenti, quia in illa expositione legatum dicebatur directum quoad dationem, quod fieri non potest; hæc vero respicit executionem quod fieri potest absque alterius requisitione. quædam enim respiciunt substantiam legati, & hæc legatario directo tribui non possunt; quædam vero executionem, & hæc directo concedi possunt, & ita legatario concedi potest, vt possit rem propria auctoritate sine hæredis concessione accipere, & istam sententiam approbant doctores hic & in *l. non est dubium C. de legat. Bart. in l. nemo potest in 2. col. sup. tit. proximo & Alberic. in l. 1. infr. quorum legato, & per Ias. in l. iuste possidet in 4. col. in nu. 18. de acquir. poss.* quod & in fideicommisso vniuersali procedit, vt per *Bal. in consil. 234. volum. 3.* de quo per *Gualdens. de arte testand. in titulo 5. in caut. 31. Deci. consil. 424. in num. 15. cum sequent.* nam & conuentione partium hoc effici potest, vt quis rem propria auctoritate accipiat, vt in legibus in glo. allegatis, ergo & testator idem poterit, vt in *l. seruus infra de manumiss. testam.* imo tacite hoc aliquando conceditur vt quando in re particulari aliquis instituitur dato cohærede vniuersali. nam licet verbum instituo non possit efficere vt legatum non sit obliquum, vt dictũ est, quoad dationem, efficit tamen id quod potest vt directo fieri possit executio, vt capere propria auctoritate possit, vt *Bart.* existimat *in l. ex facto sup. de hæred. instituend. per Iaso. in l. quoties in col. penul. eodem titulo.* alios casus ponunt doctores in *l. non dubium C. de legatis,* vide *Deci. in dicto consil. 424. & in consil. 476. in col. fin. & Rip. in l. 1. in c. l. fi. quorum legatorum, & Guill. Benedictus in c. Raynucius in verbo absque liberis 2. in nu. 145.* vide per eos, & sic debet interpretari quod tex. dicit à se ipso, & tunc legatum valet pro parte socij cohæredis, nam quoad partem in qua est hæres legati titulus superfluit, ideo non valet, vt in *l. miles ad sororem in §. pro parte infra isto titu.* quia si titulus hæreditarius sibi dominium transtulerit, frustra legati causa quo ad illam partem adiicitur, vt in *l. proprias res C. de legat. & in l. quis vis idem, & in l. existimo de verbo. obligatio.* maxime quia cum habeat iure directo, frustra obliquo sibi relictum videbitur, vt in *l. dominus testa. sup. de condictio. indebit.* vbi enim est vna persona & 4
gradus, impossibile est, vt fiat obliquatio, nemo enim potest oblique capere à se ipso, cum repugnant hæc inter se, nemo enim sibi ipsi potest esse obligatus, vt in *l. debitori C. de pactis & in l. qui duos sup. isto tit.* obligatio enim diuersas personas requirit, neque idem creditor, & debitor esse potest, vt in *l. Vranius infra de fideiussori.* sicut inter patronum & præsentatum debet esse distinctio, vt in *c. per vestras de iure patronat.* & inter instituentem, & institutum, *c. fi. de institutioni.* vide quæ diximus *supra eod. in l. cum quidam la magna,* inter baptizantem & baptizatum, *c. debitum de baptismo,* sicut non incidit quis in propriam excommunicationem, ne sit idem excommunicator, & excõmunicatus, vt not. glos. in *c. si is qui præest. 11. q. 3. & c. quoties cordis 1. q. 7.* etiam si excommunicatio sit generalis, vt notat *Ioan. Andr. in c. 2. de constitution. in lib. 6.* & sic Papa, vel Episcopus non gaudet indulgentijs à se concessis, vt tenet *Speculat. in tit. de pœnitent. & remissio. in vers. quid si ipse remissor,* vide per Bo-

logni.in tracta.de indulgent.in num.69. nec potest Papa remittere de pœnitentia sibi iniūcta. *Specula.in tit.de pœniten.& remissio.in versic.sed numquid Papa.* vide quæ ponit *Bar. in l.licitatio in §. fiscus,de publica.& vectiga.& in l.licet in §. si plures de procurator,* supra plura per *Ias.in l.cum filio in num.15.* cum sequent.tex.notab. in *dict.§.si plures,* vbi non potest quis esse actoris & rei procurator. neque enim secum ipse quis contendere potest neque ludere, sic & in nostra lege à se ipso alicui legari non potest, ideo vt à se ipso quis accipere possit, interpretatio fit id est propria auctoritate.

5 Ex qua interpretatione notandum etiam legatarium hæredem non posse legatum propria auctoritate accipere, nisi id testator concesserit, alioquin incider in pœnam in quam alij legatarij id committentes inciderent, quod probatur *in l.1. in §. si quis ex mortis in 2. responso, infra quo legatorum,* sed id verum est nisi rem occupasset ratione partis suæ, quam vt hæres habet, quod in dubio interpretandum est vt delictum excusetur, vt est expressum in *l. merito supra pro Socio.*

6 Quæro quid comprehendatur sub nomine pertineotium vide *Iaso.in l.quominus infra de fluminib.in q.20.* mihi videtur non iuris, sed facti quæstionem esse, cum ex patris familias destinatione id iudicandum sit, vt *in l. quod in rerum in §.pen.sup.titulo proxi.* nec enim iure vel natura id est limitatum, ideo frustra de hoc quæritur, nisi facti species cum omnibus connexis proponatur, vide *l.prædijs in §.Titio & §.sequent.infra titulo proximo,* & quæ diximus in istis nostris Selectis interpretationibus in lib.1.in c.13. & lib. 3.in c.10. vbi de facti quæstione multas leges adduximus, & vide *l.inter vestem infra de aur. & argent.legat.*

7 Et vltimo Bar. hic inducit istum text. quod valet libellus, Peto talem villam, adde dicendo cum impositionibus suis, vt habeat dubium, quia accessoria generaliter peti possunt, vide *Bar.& Docto.in l.1.in princip. in 2.col.in fi. de eden.* vbi *Ias.in nu.36.* vide *l.fi. C.de annal. exceptio. cum ibi notatis.*

SVMMARIVM

ex §. Lucia Titia.

1. *Consensus alienationis quando noceat fideicommissario.*
2. *Præsentia sola quando præiudicet, &c.*
3. *Vtrum subscriptio noceat.*
4. *Nuda præsentia numquam præiudicat.*
5. *Intellect.l.non putauit in §.si quis sua manu.*
6. *Intellect.l.Caius de pignor.*
7. *In pignore minor consensus sufficit.*

§ LVcia Titia intestata moriens, à filiis suis per fideicommissum alieno seruo domū reliquit, post mortem eius filij ijdemque hæredes cum diuiderent hæreditatem matris, diuiserunt etiam domum: in qua diuisione dominus serui fideicommissarij quasi testis adfuit. Quæro an fideicommissi persecutionem adquisitam sibi per seruum, eo quod interfuit diuisioni amisisse videatur. Modestinus respondit, fideicommissum ipso iure amissum non esse, quod ac repudiari quidem potest: sed neque per doli exceptionem summouetur: nisi euidenter apparuerit, amittendi fideicommissi causa hoc eum fecisse.]

Glossa varijs modis opponit contra istum text. sed pro clariori explicatione duo sunt notanda, alterum vtrum adesse alicui actui consensum inducere videatur; secūdum est vtrum ex illo consensu sibi præiudicium fiat, sed oppo. quod hęc sint superflua, quia neque expressus consensus nocet, vt in *l.si fundum per fideicommissum supra tit.1.* multo ergo minus elicitus ex interpretatione. Sol. duo probat illa lex, alterum venditionem, & assignationem valere, alterum superesse pretij ex fideicommisso petitionem, secundum obstare videtur supradictis, sed ibidem apparet de causa consensus, ideo ad causam limitatur, vt *in l.post mortem in §. tutor supra quand.ex fact.tutor,* consensus autem assignatione pręstitus in *dict.l.* ob causam necessariam fuit, vel saltem commodiorem, vt postea legis Falcidiæ ratio melius haberi possit, non vt ab vtilitate fideicommissi discessum sit: & quod glos. ex Rogerio refert, vt distinguatur causa, ob quam diuisioni interfuit, possumus & hic dicere, vt inspiciatur causa, ob quam assignationi vel alienationi consensit, vt ab illa consensus interpretationem recipiat: nam si simpliciter alienationi voluntariç consensisset, præiudicium omnino sibi fecisset, vt in *l.nihil in §.1.eodem titulo:* secus si non fuit simplex sed ob causam, causa enim limitata non producit effectum simplicem, vt in *l.age cum Geminiano C.de transactionib.* ideo si ob curandum funus defuncti res legatas consumi legatarij permittāt, non pręiudicant sibi in legatis, sed pretium earum poterunt exigere per *dict.l.si fundum per fideicommissum,* quod not. ad interpretationem *lege 4. in fin. supra de religio. & sumptib. funer.* & hæc distinctio probatur *in l.codicillis in §.insulam infra eodem,* in his igitur speciebus non amplius nocere poterit consensus tacitus quàm expressus.

Sed opponitur quod præsentia sola præiudicet maxime si vt testis assistat, vt in *l.si fideiussor.in §.1.de pignor.supra glo.* respondet, aut ille actus me inuito fieri potest, & præsentia mea non nocet mihi, aut non potest nisi consentiatur, & tunc præsentia nocet, sed tu dic quod in l.contraria vltra præsentiam aliud interuenit, scilicet quod subscripsit ille, de cuius agitur præiudicio cum sua manu] inquit *Modestinus,* qui etiam huius l. est author, pignori domum suam futuram se subscripserit, consensum ei obligationi dedisse manifestum est,] & ita intellige *l.Titius in §.fin. quib. mod. pignor. vel hypothec.*

thec. solut. vbi idem *Modestinus* hoc affirmat.

3 Sed opponitur quod subscriptio non sufficiat, vt in *l. Caius de pignor. action.* vbi *idem Modestinus* existimat signasse testamentum non nocere, vt quis à iure suo excludatur, sibique Modestinus repugnare videtur. *Bar. in l. qua dotis solut. matrimon. supr.* distinguit vtrum testis simpliciter vt testis interueniat vel vt affirmator, vel approbator, vt priori casu subscriptio non noceat, nisi in casibus, in quibus sola præsentia noceret, vt in distinctione glo. hic, scilicet quādo sola cōtradictione potuit actum impedire, vt tenuit glos. in *dict. l. Caius*, quod Bar. tenet expresse *in dict. l. qua dotis in col. pen. in numer. 22.* quem ibi sequitur *Paul. Roma. Alexand. & Ias. in numero 76.* & sentit *Deci. in l. cum proponas in col. fi. C. de pact. Ias. in §. item Seruia. in num. 54.* & vide *Fabi. de Mont. in tractat. de emptio. & vendit. in 1. q. principal. in num. 58.* & hoc videntur tenere omnes contra *Abb. in c. nonne de præsumptionib.* vbi sent. *Fab. in nu. 22.*

4 Sed ego verius puto scientiam vel præsentiam nudam numquam facere præiudicium cum Abbate, quia nulla lege probatur contrarium, nisi ratione iudicij in casu posito in *l. sæpe, de re iudica.* etiam si sola contradictio posset impedire. pro hoc text. hic qui loquitur in diuisione, quæ est permutatio quædam, vt in *l. cum pater in §. hereditatem infra isto titulo*, in qua constitui debet ius in te, & transferri dominium, ergo sola contradictione potest impediri. Item quod aliquid non possit fieri sine mea voluntate magis mouet, vt taceam, cum nihil fieri videam: ideo conniuere possum & dissimulare. faciunt quæ diximus supra in lib. 1. harum interpretat. in c. 4. neque obstat quod hanc rationem videatur probare text. in *dict. l. sæpe*, quia illa l. loquitur in iudicialibus, in quibus contradictio etiam de facto, impediret, sed in extraiudicialibus contradictio mea non potest impedire, quin de facto fiat, si ipsi velint, licet *l. 9. titul. 13. p. 5.* videatur approbare opinionem Bar. Sed si ius commune obseruemus, melior est Abb. opinio, vt taciturnitas numquam noceat sola in actibus, qui extra iudicium fiunt, nisi adsit subscriptio. quia tunc sibi præiudicat vt hic, neque distinctio Bar. potest defendi, quia *in dict. l. si fideiussor*, subscripsit simpliciter, vt testis, & sibi præiudicat. facit *l. non putauit in §. si quis sua manu, infra de bono. pos-*
5 *sessio. contra tabul.* vbi hoc est expressum, & licet quidam moderni dicant quod ille tex. non velit vt tollatur ius filio, sed eo respicere, vt non sit nulla exhæredatio, ex eo quod sibi eam in testamento ascripsit, quia non obstat illi ascriptioni senatusconsultum quod describentibus per se loquitur quod ex glo. assumpserunt dicti moderni, & quasi rem nouam sibi ascribunt; tamen errant, quia vtrumque ibi probatur, & vtrumque expresse glos. determinat, & ex regulis supradictis euincitur, sed difficilis videtur responsio ad *dictam l. Caius de pignora. action.* vbi subscriptio non præiudicat.

Ego puro omissis Doctorum interpretationibus illum text. intelligi debere in specie illius 6
tex. in quo ille consensus quasi rei illicitæ, & proximæ pacto legis commissariæ est adhibitus, quod legibus parum probatur in pignore, vt in *l. fi. C. de pact. pignor.* & licet illud pactum ex interuallo adijci possit, vt in *l. Titius sup. de pignora. actio.* tamen in ea specie de qua *in l. Caius* non est consensus certus, & indubitatus, sed elicitus; neque est talis, qui in ea materia debeat sufficere, maxime cum de falsitate enunciationis, qua dispositio nititur, constet, quod est notandum valde, quia doctores non ita interpretantur, & vide *l. Titius supra de rescinden. venditio.*

Forsan in pignore dici poterit, vt nuda præsentia pro consensu habeatur, quia non ita hic actus præiudicat, neque dominium mutat, & quodammodo fraus taciturnitate induci videtur, & forsan in alijs contractibus onerosis idē defendi poterit, & ita l. partitæ procedat, in lucratiuis autem taciturnitas numquam noceat sine subscriptione, neque subscriptio in specie *dictæ l. Caius*. cogitabis & vide *l. quam Tuberonis, supra de pecul. eatera die*, vt in *l. codicillis inf. eod. in §. 1.*

SVMMARIVM

ex §. Caius.

1. *Prætorium quid significet.*
2. *Verus intellect. huius tex. & numero 3.*
4. *Verba enunciatiua quando disponant.*
5. *Etiam si hic essent res expressa non censentur legatæ contra Cuma.*
6. *Etiam si iuramentum sit additum procedit hic text. contra glo. & Bar.*
7. *Modus excipiendi ex verbis testamenti.*

§ CAius Seius cum domum haberet, & in prætorium vxoris suæ se contulisset, quasdam res de domo sua in idem prætorium transtulit, ibique post multos dies decedens testamento vxorem suam hæredem, & alios complures reliquit: quo testamento significauit verba, quæ infra scripta sunt, In primis sciāt hæredes mei nullam pecuniam esse penes vxorem meam, sed nec aliud quicquam. ideoque hoc nomine eam inquietari nolo. Quæro an ea, quæ viuo eo in prætorium vxoris eius translata sunt, communi hæreditati vendicari possint: & an secundum verba testamenti præscribi cohæredibus possit à parte vxoris defuncti. Modestinus respondi, si ea quæ de domo sua in prætorium vxoris defunctus transtulit, præcipua ad eam pertinere voluit: nihil proponi, cur voluntati ipsius standum non sit. necesse igitur habet mulier talem voluntatem fuisse testatoris ostendere, quod nisi fecerit, in hæreditate mariti eius & hæc remanere oportet.]

1 In tex. ibi prętorium, id est, villam vrbanam, vt per *Guill. Bud. in l. videamus supra locat.* aliás autem sumitur prætorium pro tabernaculo prætoris, sicut quæstorium pro quæstoris tabernaculo, vt ipse dicit in *tit. de offic. quæsto.* aliás sumitur pro regia vel aula, vt per *ipsum in titulo de offic. præfe. præto.* alibi etiam dicitur prætorium vbi redditur ius, vt in euangel.

Quæro quare his verbis ea, quæ in prætorio vxoris erant non continebantur? antiqui & glo. varia dixerunt, quidam quod erat incertum legatum, quidam quod verba enunciatiua: sed in hoc non est vis, quia dispositiua verba sunt, & in legato liberationis expressio rerum non requiritur, vt per Bar. per text *in l. & vno de atrepti la infra in* §.1. ideo vera resolutio est, quia sub his verbis, Quibus pro vxore cauit] hæc non comprehenduntur.

2 Sed quare non comprehendantur? glos. dicit quia dictio Penes significat possessionem, sed mulier hæc non possidebat, quasi secus si dixisset Apud, vt *l. penes hic all.* quod nihil est. nã vna dictio harum pro alia poni solet, vt in *l. 1. cum sua glo. infra de tab. exhib.* sed ideo apud vxorem hę res non videntur esse, quia testator cum illis se transtulit, & licet in domo sint vxoris, apud virum tamen sunt. res enim non à re habetur, sed à persona cum ambæ concurrunt, & ideo si ad domum vxoris se non contulisset maritus, hæ res legato cederent, cum sint apud vxorem, & in eius custodia, & ita pecunia defuncti, quam mariti nomine vxor obseruabat, hoc legato comprehenderetur, quia apud vxorem est.

3 Sed oppo. quod hæ res in legato comprehendi debeant, quia licet propriæ sint apud virum, tamen cum sint in domo vxoris comprehendi debent, vt legatum aliquid operetur. nam ob hoc à propria significatione receditur, *infra de fund. instru. in l. fundus qui locatus.* Solut. id verum est vbi verba necessario legatum significant, at hic verba non hoc ostendunt, nec necessario inducunt legatum, sed exonerationẽ quandam, quæ magis facti est, quàm iuris. dixit enim, vxor mea nihil quod meũ est habet, ideo eam inquietari veto: hæc verba non sunt talia, vt necessario legasse dicamus, sed contingentet. & ideo si dixisset Vxori meę quæ penes eam sunt lego, si alia non sint præter hæc, quæ maritus secum transtulit, legato cederent, ne inutile reddatur, verba impropriè sumentur, vt de hac nuda existentia in vxoris domo intelligantur, quod verbum est singulare nec ab aliquo cogitatum.

4 Oppo. cum glos. quod falsa causa non vitiet legatum. vi. glos. tu dic quòd hic non est legatum. Sed oppo. quod verba debent aliquid operari ne legatum sit frustratorium, *supra titulo 1. in l. si quando.* facit *supra eodem in* §. *Lucius* Sol. verum est nisi ex ipsis verbis appareat magis admonitionis causa adiecisse, quàm in causam legandi vt ex his verbis, quæ hic ponuntur apparet, & ideo si hic testator dixisset, lego vt aliquid operaretur hic comprehenderet, vt in *dict. l. fundus qui locatus.*

Item in quantum Dyn. quem *Bart.* reprob. faciebat differentiam inter verba affirmatiua & negatiua, vt enunciatiua negatiue prolata non inducant dispositionem, sed affirmatiue prolata. Not. quod euidenter errat, quia plus possunt negatiua verba, quàm affirmatiua, vt *in l. hoc genus cum glo. infra de conditio. & demõstrat.* & quod dicitur *de pact. in l. iuris gentium in* §. *sed si fraudandi*, quæ diximus *supra de liber. & posthu. in l. 2.* vbi de indefinitis &c. maxime quia hic sunt verba dispositiua.

Item in quantum *Cuma.* saluando glo. vult quod si res hic essent expressæ cederent in vtilitatem vxoris, scilicet si dixissent, sciant hæredes has res, scilicet vestem talem, aurum tale, scyphum talẽ, &c. non esse penes vxorem, ideo ab ea non requirantur. notandum est quod errat Cuma. quia hæc verba solum exceptionem inducunt nec dant actionem mulieri: ergo si ea sunt apud virum nec ab vxore detinebantur, qua ratione cedent in vxoris vtilitatem, eum actionem non habeat? vt *infra de libera. lega. in l. non solum* §. 1. *versic. sed si debitorem in decem*, nec si mulier has res post mortem defuncti apprehendat, sibi aliquid proderit si in tempore quo testamentum fiat apud eam non erant, vt *infra de libera. leg. in l. fin. in* §. *fin. infra titulo 2. in l. nomen in* §. *filio.* facit *supra eod. l. cum ita in principio.* 5

In glos. super verbo penes, ibi nisi testator iurauerit, hoc nihil est, quia iuramentum quantum ad legatum & alia non habet vim extensiuam, sed intensiuam, vt *in l. si C. de non numera. pecu.* si ergo hæredes probent de his rebus testatorem non sensisse, nec comprehendi legato, iuramentum non obstaret, sicut in specie legis nostræ nihil mutaretur, etiamsi huic assertioni testator ius iurandum addidisset, vt ad sensum patet. id enim quod in *aut. hic alleg.* de iuramento dicitur longe distat à nostra materia, scilicet Bar. nescio quo pacto sine iudicio gloss. sequatur. 6

Item nota ex tex. ibi secundum verba testamenti] præscribi modum excipiendi ex verbis testamenti ita opponendo, recte ageres, nisi testator nullam pecuniam esse penes vxorem, nec aliud quicquam, ideo eam inquietari nolle, dixisset, vide quæ diximus in lib. præcedenti in c. 6. in numero 4. optimus text. in *l. consilio in* §. *curator* ibi, Exceptio opponeretur, si non curator vendiderit, replicatio dari debet, si non satisdatione interposita,] & in §. *cum de mentis*, ibi replicatio danda erit, Si non is qui egerit &c.] *supra de curator. furiosor. vel aliis.* 7

SVMMA-

SVMMARIVM

ex §. Si ea conditione.

1. *Quare non deficiat hic conditio.*
2. *Factum tutoris quare hic nocet pupillo.*
3. *Quare hoc prius non exigatur à tutore.*
4. *De impediente implementum conditionis, & intellect. l. fi. de condi. insert.*

§ SI ea conditione liberto fideicommissum relictum est, ne à filijs eius decederet: & per tutores factum est, quominus conditionem impleret: iniquum est eum, cum sit inculpatus, emolumento fideicommissi carere.]

1 Oppo. quòd videatur defectus conditione, nec debeatur relictum, quia hęc conditio mixta est, vt apparet, & ideo cum deficiat sine facto illius, in cuius persona debet adimpleri legatum perimitur, *infra de conditio. & demonstratio. in l. in testamento 2. & in ll. hic allega. in glos.* imo & in potestatiuis hoc defendimus in lib. 2. in c. 2. in num. 14. cum sequent. hic autem conditio deficit ex tertij facto, ergo deficit relictum. Sol. hic factum tutoris pro facto pupilli habetur, & non exteri.

2 Sed oppo. fortiter factum tutoris non debet pupillo imputari, vt in *l. meminerint. C. vnde vi.* dd. hoc non explicant, tu dic. quòd factum tutoris nocet pupillo, vt aduersarius pupilli iustam excusationem habeat, nam & cuiuslibet familiaris, & non familiaris qui tamen occasione illius, cui teneor, impedit, impedito mihi non nocere æquissimum est. nam & factum inimici tui, qui tui odio me impedit me excusat, vt in *l. si merces in §. culpa supra locati, & in l. in bus rebus supra, soluto matrimonio, & in l. qui insulam in §. si supra locati.*

3 Sed oppo. quòd prius hoc debet imputari tutori, vt ab eo exigatur, & in subsidium à pupillo, vt probatur in *l. fina. supra de eo per quem factum erit.* Solut. ille textus loquitur vbi tertius impediuit, qui exterus erat omnino, noster vero text. quando ille tertius erat familiaris aduersarij mei: item ibidem non occasione aduersarij mei factum est, hic vero fuit factum hoc prætextu, & horum alterum sufficit, vt directo à principali exigam, & ius meum conseruetur, vt hic & dic. ll. maxime, quia si in præsenti ipso iure illæsum ius non seruaretur, & conditio non haberetur pro impleta, nec in subsidium concederetur, quia *dict. l. finalis* loquitur in iure quæsito conseruando, si conditio non haberetur pro impleta, ageretur ad ius numquam quæsitum, & fieri non potest, vt in subsidium inducatur actio ad id, quod numquam fuit meum, neque mihi debitum, & ideo si quidam exterus implementum conditionis iniuste impedisset, contra eum agi posset, sed eo soluendo non existente, nō posset legatum petere, ad quod nullum ius habet conditione defectus. Plus enim tribui à prætore ei, qui fideicommissum petit, quam testator voluerit, absurdum est, vtique autem testator nisi expleta sit conditio, neque scriptum hæredem ad hæreditatem vocauit,] vt inquit *Caius in l. facta, in §. sub conditione infra ad Senatusconsult. Trebellia.* non est igitur medium, aut conditio habetur pro impleta, vel conditione defecisse videbitur, in subsidium autem nihil medium statuitur, vel tertium.

Et ex his intell. *l. fi. C. de condi. insert.* per nostrum tex. nam ibi speciali iure factum tertij libertatem non impedit impediendo conditionis implementum, quia occasione hæredis odio, vel inimicitia ibidem impeditus non fuit, alioquin iure communi pro impleta conditio haberetur. 4

Quamuis dicit posset hæc in conditione dandi pecuniam, vel aliud in genere locum nō habere, quia non necessario impeditur conditionis implementum, cum genus perire non possit, licet difficultas implemento adijciatur, quæ conditionem haberi pro impleta non efficit. difficultas enim numquam excusat, vt *de verbo. obligat. in l. continuus actus, in § illud inspiciendum.* licet factum vel impedimentum personæ principalis, etiam circa conditionem generis sibi iure communi noceret, vt *in l. 3. in §. si supra de condictio. caus. dat.* sed verius videtur, vt idem de alijs, qui nostra causa impediunt dicatur, cū horum omnium factum nobis imputetur, vt hic & in dictis ll. cogita quia hæc singularia sunt, nec dd. ponunt, & multum prosunt ad conditionum interpretationem, & idem dicerem in casuali conditione si data opera eius existentiam aduersarius impediret: arg. *C. de naut. fæno. in l. cum proponas,* & probatur in *l. in executione in §. fi. sup. de verbo. oblig.* de eo autem qui alium impedit vtens iure suo, vel alij damnum data opera infert an teneatur, multa alibi diximus in istis interpretationum libris. vltimo ex isto text. decidunt dd. hic q. quam potest extendere ex supradictis.

SVMMARIVM

ex §. Qui inuita.

1. *Legatum patris compensatur cum dote debita.*
2. *Intellectus l. si pater pro filia de coll. dot.*
3. *Intellect. Angel. de Perig. qui defenditur in certo casu.*
4. *Obligatio legis compensatur legato facto creditore, quando non interuenit in ea hominis factum.*
5. *Si legentur 10. pro debito 20. an prætudicet sibi legatarius 10. accipiendo difficilis quæstio.*

§ QVi inuita filia de dote egerat, decessit eadem illa exhæredata, filio hærede instituto. & ab eo fideicommissum filiæ dotis nomine reliquit. Quæro quantum à fratre mulier consequi debeat. Modestinus respondit, quod in primis est, non esse consumptam de dote actionem

ctionem mulieri, cum patri suo non consense-
rit, vtique non ignorans. Sic enim res explica-
tur, vt si quidem maior quantitas in priore do-
te fuit illius petitione sit tantummodo mulier
contenta. quod si in summa dotis nomine le-
gata amplius sit quàm in dote principali, com-
pensatio fiat vsque ad eandem summam quæ
concurrit. & id tantummodo, quod excedit in
sequenti summa, ex testamento consequatur.
non est enim verisimile, patrem duplici præsta-
tione dotis filium eundemque hæredem one-
rasse voluisse, præsertim cum putauerit se effi-
caciter, licet non consentiente filia, instituisse
aduersus generum de dote actionem.]

Legatum factum filiæ dotis nomine vide-
tur loco dotis debitæ relictum, ideo si maius est
legatum excedens debitum, videtur legati ti-
tulum habere, si minus illo debet esse conten-
ta si acceptauit, &c. veniamus ad primum, &
oppo. vbicumque debitor legat creditori, non
videtur animo compensandi facere, ideo cre-
ditor debitum, & legatum petere potest, *infra
eod. l. creditorem*, & in dote est tex. *C. de rei vxo.
actio. in l. vni in § primum itaque, & sup. de leg. 1. in
l. Lucius Titius in principio*. Sol. dic quod Bart. &
1 dd. in *l. huiusmodi in §. cum pater sup. de lega. 1.* di-
cunt, quod vbi pater legat compensatur cum
dote, secus vero quando legat maritus. Ratio
autem est, quia pater debet ex legis dispositio-
ne, & promissio eam obligationem respicere
videtur, ideo fit compensatio, vt *C. vnde vir &
vxor in autent. preterea*, sed vbi debitum ex ho-
minis facto procedit, numquam animo com-
pensandi relictum videtur, vt in dictis ll. vide
Bart. & dd. in dicto loco, & *in l. si rum dotem in §.
si pater, sup. solut. matrimo.* & *R. Episc. Segob. extrau.
de testam. in c. officij, in num. 2. in consil. 81. in num. 7.*
denique pater legans filiæ in dubio, in dotis
compensationem legasse videtur.

Sed contra hoc allegatur fortis text. *infr. de
coll. dot. in l. si pater pro filia*, vbi *Pomponius* inquit,
si pater pro filia dotem promiserit, deinde vel
exhæredatæ, vel etiam emancipatæ legatum
dederit, habebit filia & dotem præcipuam, &
legatum.] *Bart. in dict. l. huiusmodi* dicit ibid. le-
gatum alterius rei esse factum, vt puta speciei,
2 cum dos esset in quantitate. hæc Sol. diuinat,
alij alia dicunt, tamen posses dicere ad illam
legem, quod ibidem non agitur principaliter
vtrum legatum videtur factum animo com-
pensandi cum dote, sed vtrum sicut filia hæres
conferre dotem tenetur, ita filia quæ non hæ-
res, sed legataria sit, dotem conferre teneatur,
& respondetur quod non, quia eo casu non
confert. intelligi ergo debet, quod legatum in
dotis compensationem, non fuit relictum, &
hoc expresse dictum sit, vt quæstio ibidem po-
sita cadere possit, & hoc pater ex titu. neque e-
rit hoc diuinare, quia hoc præsupponit lex. de-
bet ergo eo modo præmitti, quo possit cadere
illa quæstio, sicut hic non esset diuinare præ-
mittere quod hic dicitur in *versi. quod in primis*,
etiam si non expressisset hæc lex, facit *extrau. de
atat. & qualit. in lib. 6. in c. 1.* & hoc non receden-
do à vulgo recepta sententia.

Tamen *Angel. de Perigl. in dict. l. huiusmodi* co- 3
natur defendere contrariam sententiam, quòd
siue pater, siue maritus leget, non videtur ani-
mo compensandi in dotem legasse, nisi con-
traria mens ostendatur, & regulariter in omni
debitore legante, vt *infra eodem l. creditorem, &
in dict. l. Lucius pro hoc allega. dict. l. de coll. dot.* & re-
spondent huic l. quod hic dixit expresse pro
dote, & idem *in dict. §. cum pater*, est enim ibi
coniectura, quia eadem quæ debebat legauit,
ad *auten. preterea* respondet quod ibidem ideo
compensatur, quia in subsidium ob pauperta-
tem ibidem à lege conceditur, quæ cessat si le-
gatum habet, vel quatenus habet: ego vero in
hoc non dubito, quod vbi legalis sola est obli-
gatio nec in contractum deducta, quòd lega-
tum compensetur. nam hoc in legitima filij vi-
demus, quia non totum vltra legatum, sed sup-
pletionem filio lex concedit, sed in ea obliga-
tione, quæ in contractum deducta est, forte te-
neri posset Angel. de Periglis sententia. cogita,
quia videtur vera opi. eius.

Sed contra hæc facit text. *in l. 16. Tauri*, in 4
qua ius erat quæsitum per legem, sed ibi illud
ius immediate conceditur à lege, in legitima
vero consideratur medium patris, qui tenetur
legitimam relinquere, & hæc forsan est melior
distinctio.

Et nota quod vbi legatum est maius obliga-
tione, valet legatum in totum, quia absumitur
actio de dote, neque petendo legatum potest
ea agi, quia valet legatum in totum, neque o-
pus est agi actione de dote necessario, quia in
totum est vtile legatum, vt in *l. debitorem inf. eod.*
sed videamus quid si legatum sit minus dote
in hoc text. vult quod portione legati debet
esse contenta.

Glo. intelligit quod nõ amittat suam actio- 5
nem debiti, in eo quod plus est, quam legatũ,
quia non potest in plus grauari, quam accepit,
& ita loquitur glos. quando maius est debitum
quam legatum, tametsi inaduertenter *Paulus*
in cõtrario casu glos. accipiat sine iudicio, quia
ex tex. & glo. hoc patet & mouetur glo. per tex.
*inf. eod. l. imperator in § si centum, & infra ad l. Fal-
cid. l. sed si non seruus*. dd. hanc glos. non exponũt,
sed videtur falsa. nam si tibi debeam 20. & 10.
tantum pro debito legem, si acceptes legatum,
repellaris ab alijs decem, primo quia tex. hic
hoc expresse vult, quod sit legato contenta: &
si diceres contenta per actionem ex testamen-
to, hoc quis diceret respondere iurisconsultũ?
quis enim vnquam dubitauit non posse quem
petere actione ex testamento, vltra quam sibi
legatum est? item quia videmos filium patro-
num, & omnes quibus legitima debetur agni-
tione modici legari à toto iure excludi, vt *de in-
offi. testa. in l. Papinianus, in § si conditioni, & l. fi. &
C. eod. in l. parentibus*, nec obstat si dicas id esse
debitum

debitum legale, quia non differt, quia licet interfit vt dictum est quantum ad hoc pro debito legatum videtur, vel vltra debitum, tamē quæstiu nostra est in casu claro, quando pro debito se dixit legare. non obstat *dict. l. imperator*, vbi non potest quis grauari vltra id, quod accepit, verum est, vt in grauatum ex legati agnitione detur actio, sed vt excludatur exceptione, contrarium dicendum est vt hic. sed his videtur obstare text. in *l. fin. in fin. C. de his qui sub mod. legat.* licet posses dicere, quod aliud est, quod ponatur in vim modi, vel grauaminis, & hoc vltimo modo fieri non posse, vltra modum relictæ quantitatis, aliud est quando pro debito relinquitur, quia accipiendo videtur se sibi satisfactum videri vt hic, cogita quia hęc lex videtur fortis, & prædicta distinctio videtur verbalis, si enim expresse in hoc grauari non potest, & grauatus agnoscendo legatum sibi non præiudicat, quomodo non grauatus expressè potest sibi præiudicasse accipiendo legatum, ideo text. hic expuni potest, vt per gloss. in verbo illius, vt sit contenta, ne petat vtrunque, non autem vt partem debiti amittat, si agnoscat legatum, sed *Modestinus* adeo obscurè & inuolutè in hoc respondet, vt vix aliqua expositio satisfacere possit omnino. §. *Lucius Titius de hoc* §. vide *Bartol. in l. quæsitum, in* §. *fin. in colum. 2. in num. 12. & in colum. penult. post medium, infra de fund. instruct.*

SVMMARIVM

ex §. Titia cum nuberet.

1 *Vtrum verba hic sint dispositiua.*
2 *Vtrum istud fideicommissum transmittatur.*
3 *Filius etiam non transmittit fideicommissum conditionale.*
4 *Si maritus relinquat vxorem dominam, &c. quid contineatur iure communi.*
5 *Quid stante consuetudine.*
6 *Hæres non concurrit in vsufructu cum legatariis.*
7 *L. si alij non habet locum in vsufructu omnium bonorum, scilicet quoad hæredem.*
8 *Voluntas filij non potest mutare interpretationem huius legati.*
9 *Quid si solum sit domina relicta.*
10 *Quid in legato particulari.*
11 *Quid si filius, & exterus instituatur, & de intellectu l. si ita scriptum, de manu. test.*
12 *De intellect. l. iam hoc iure de vulgar. & pupill. & numer. 11. & 14.*
13 *An tunc debeatur vsus, vel vsusfructus.*
15 *Quid si succedat substitutus vulgaris.*
16 *Quid si pupillaris.*
17 *Quid si non vxor, sed mater, vel nouerca instituatur.*

§. TItia cùm nuberet Caio Seio, dedit in dotem prædia, & quasdam alias res: postea decedens codicillis ita cauit: Gaion Seion, &c. id est, Caium Seium virum meum commendo tibi ô filia, cui volo dari ad vitæ vsumfructum, & participationem castelli Nacleotum, quam pręueni dedisse in dotem, cum corporibus, quę inferuntur doti, & in nihilum molestari eum de dote: erunt enim post mortem eius tua, & filiorum tuorum. Præterea alia multa huic eidem marito legauit, vt quamdiu viueret haberet. quæro an propter hæc quæ codicillis ei extra dotem relicta sunt, possit post mortem Caij Seij ex causa fideicommissi petitio filiæ & hæredi Titio competere, & earum rerum nomine, quas in dotem Caius Seius accepit. Modestinus respondit, licet non ea verba proponantur, ex quibus filia testatricis fideicommissum à Caio Seio, postquam præstiterit quæ testamento legata sunt, petere possit: tamen nihil prohibet propter voluntatem testatricis post mortem Caij Seij fideicommissum peti.]

Franc. Sarmient.

Quæro an hæc verba sint enunciatiua, vel dispositiua, Bartol. & dd. communiter dicunt quod sint enunciatiua, sed *Paul. de monte Pic. colum. 2.* tenet quod sunt dispositiua illa verba Tua erunt] futurum respicientia, ideo disponunt. facit in simili text. *in l. fideicommissa. in* §. *hæc verba, infr. de legat. 3.* de quo latius diximus *supr. de liber. & posthum. in l. Gallus, id princ. in num. 33.* & licet hæc verba magis casum notare, quā necessitatem inducere videantur, tamen voluntas etiam dandi ex his colligitur, & ita text. sensit in fine, sed Comensi hic vult hæc verba non esse dispositiua, quod verum est simpliciter, sed operantur iunctis verbis legati, & terminum vitæ significare videntur. 1

Sed oppo. quod hæc res nullam possit habere controuersiam, vel dubitationem, quia legatarius vsusfructus etiam sine fideicommisso restituere post mortem tenetur, *de vsufruct. in* §. *finitur*. Solut. hic legata proprietas videtur, etiam si ad vitæ vsum sit legata, vt *in l. 4. infra de aliment. legat.* plura allegat *Petrus Paulus Paris. in consil. 21. in num. 37. cum sequent. tit. 2.* vide *Ias. C. de legat. in l. fin.* & vide *de vsufruct. in l. Proculus.* Sed oppo. si proprietas fuit relicta, ergo eo mortuo restitui non debet. Sol. verum est, nisi grauatus esset vt hic in casu huius tex. dubium non est, ibi filiorum.]

Sed quæro an istud fideicommissum filia transmittat si legatarius superuiuat. Bart. vult quod transmittatur, quia magis ius hæreditarium respexisse videtur, quam personam, allegat l. quæ nihil probat, & contra Bartol. facit ratio, quia istæ filiæ debentur bona hæc, non quia ad vitam data videntur ex modo legandi, vt in *d. l. 4.* sed ex fideicommisso, quod conditionale est post grauati mortem. *sup. eodem l. si pecunia, in* §. 1. ideo non transmittitur etiam si hæredi fiat, vt *de minor. supra l. in causa 2.* §. *Pomponius*, quam hic allegat *Paul.* sed ipse respondet quod legatum hic terminum habet, quia legauit ad tempus, tamen vt supra probaui, non legauit ad tempus per *dict. l. 4.* ergo vi fideicommissi admitti debet, ergo ad hæredes non transmittit: sed potest dicere quod qui legat fundum alicui vnde viuere possit, non 2

videatur ad vitam legasse, nisi adiiciatur, post cuius vitam erit hæredis, etiam si id non dicat præcepriue, quia ad vitam legasse videbitur: tunc enim fideicommissum quasi ex defectione magis, quàm excessione defertur, quod est singulare, & ita saluabis dictum Bartol. hic quod nemo explicat, & iuncto quod hæredi debet redire post mortem legatarij, quasi ad vitam videtur legatum, nisi conditio præter tempus adiecta fuerit, vt in *dict.* §. *Pomponius*, & addit *hic Paul. de monte Pico.* dictum Imol. de quo satis gloriatur, vt *dict.* §. *Pomponius*, habeat locum etiam si hæres sit de liberis, quasi in fideicommisso conditionali quis dubitaret an
3 filijs concedatur transmissio, & vulgo non sit reprobata gloss. *de action. & obligat. infra in l. is cui sub conditione*, approbata gloss. contraria in *l. vnica*, *C. de his qui ant. aper. tab.* quod probatur *infra ad Treb. in l. hæredes mei. in* §. *cum ita.* vbi *Bart.* *2. oppo. & C. de fideicommiss. in l. si in personam.* & est commun. opin. *Ias. infr. tit. 1. in l. re coniuncti. 14. col. & supr. tit. 1. in l. 1.* vbi *Bart. 4. col. de commun. Gual. de arte testand. tit. 5. caut. 23.* & ex his habes, quod etiam si in hoc tex. non dixisset testator, Erunt tua & filiorum tuorũ, sed tantum Erunt tua, ea mortua etiam ante fideicommissarium hæredes petere poterunt. vt *Bart.* expresse dicit: ideo vt mirandum sit, quam sine iudicio *Paul. de monte Pico hic 8. colum.* dicat, *Bart.* istum casum non aperuisse, & nescio quid comminiscitur, & luctatur cum Bartolo, summario dicens hoc solum *Petr. de Bexutio* attigisse, cum hoc agat *Paul.* hoc *Angel. de Perigl.* adeo leuibus inuoluitur, & congreditur. vt non pudeat cum argumento Viuiani ad rauim conflictare se distorquendo, fueritne hæc filia à Caio Seio progenita, cùm capacitas filiæ à lege præmittatur, & ita disputat an Titia testatrix fuerit vel codicillatrix, oblitus sane controuertere de ætate, genere, figuraque Titiæ, & de nominibus testium his codicillis, vel testamento comprehensis, & de eorum habitudine, vestitu, & colore: vt non mirandum sit tales inuenisse grammaticos Tiberium Cęsarem, quibus negotium facesseret, interrogans quo pede Æneas è naui descenderit, quot metretas vini capiantq cadi, quos onerauit Acestes. nam & quidam dicunt in *l. illa de statu homin. quæ incipit Arethusa*, impossibile esse scriptum esse, quod Arethusa virgo fuerit venatrix, de qua Virgilius, & talem positis velox Arethusa sagitis, hæc autem tres petiisset. certè extremæ dementiæ est, in similibus se exercere, cum minori labore bona, & necessaria constent. non ineptè de astrologia loquẽs, inquit quidam, Quanta cæcitas & stultitia humanas possidet mentes, necessaria vtiliaque scire negligimus, & inutilibus, & arduis, & quæ ad rem non pertinent quæstionibus curiosè vacamus.

4 *Bart.* post Dyn. in isto textu ponit quæstionem, si maritus quodam instituto hærede relinquat vxorem suam dominam, & vsufructuariam, quæritur quid contineatur in hoc legato, & *Bart. post Dyn. & Iacob.* tenet quod iure communi inspecto hæc mulier est legataria proprietatis, vel vsusfructus bonorum vtrum elegerit. *infr. de vsufruct. legat. in l. si Titio fundus.* quod tenet etiam *Bald.* & antiqui secundum Imol hic, neque *Bart.* contrarium voluit, quãuis ipse aliud sentiat, & *Cuman.* notet, quia quæ *Bart. infra* ponit, & suæ rationes ius consuetudinarium respiciunt. nam iure communi non recedit à Dyno, vt patet ex *ipsomet Bar. in dict. l. si Titio vsusfructus.* nam quod *Bart.* pro ea interpretanda ll. alleget, eo pertinet, vt origo & occasio consuetudinis ostendatur, non vt lege euincatur.

Quæro quis effectus erit dicti legati, respõdeo si omnium bonorum relinquet dominam, & vsufructuariam, si dominium eligit habebit proprietatem, vt *dict. l. & supra titu. 1. in l. plane in* §. *fi.* & gaudebit Trebelliano, & poterit hæredem compellere ex his quæ *Bar. supra eod. l. si quis seruum in* §. *fi.* quando vero eligit vsufructum solum dubium videtur, quia non vniuersitatis legatum videtur, sed idem dicendum est per ll. quas *ibidem Bart.* allegat, & ea, quæ ponit *ipse Bar. infra de vsufruct. lega. in l fi. circa finem*, quo etiam casu compellendo hæredem totum habebit, vt *infra ad Trebellia. in l. apud in* §. *Antistia*, & ridiculum est quod *Salicet.* irridet dicentes videri granatum hæredem restituere hæreditatem huic vxori cum certe iure communi is effectus huius legati sit.

Stante vero consuetudine quam *Bar.* refert, 5
si mulier relinquitur domina, & vsufructuaria si filij sint instituti, vxor solum habebit alimenta, & administrationem, si extraneus habebit plenum vsumfructum, secundum commu. opin. vt dicit *Paul. de Mont. Pic. hic in numer. 19. & 25. & Decius* dicit commun. *in consil. 418.* latissime *Petrus Paul. Paris. in consil. 21. per totum in lib. 2.*

Sed oppo. quòd non habet plenum vsum- 6
fructum, sed dimidium, quia hæres habet dominium omnium bonorum, ergo concurrunt in vsufructu, vt *infra de vsufruct. lega. in l. si alij fundum.* Solut. verum est si vni legatum est dominium, alij vsusfructus, quia dominium & in vsufructu consistit, *de verbo. obliga. infra in l. qui vsumfructum*, secus si alius efficiatur hæres, alius vsufructuarius totius vel rei particularis: quia licet hæres dominus sit, tamen ad eius dominium vsusfructus non requiritur, quia ius suum vniuersitatis magis est, quam rerum, *de pet. hæred. in l. hæreditas etiam*, ideo plenum ius habet, licet vsusfructus adiunctur totius rei hæreditariæ vel vnius, vt hic sing. *Picus in numero 25 contra Bal. in l. fi. de indict.* vide *in vers. caue tibi, pe. col. in n. 9. & 26.* qui dicebat idem *in nu. 28.* si vsusfructus non esset legatus in testamento sed in codicillis, quia cum hæres institutus semel ad dominiũ vocatus videatur, partietur cũ legatario

vsum-

vsumfructum, maxime si pleno iure institutus sit, tamen certè hæc sententia falsa est, quia non minus pleno iure hæres institutus dicitur, quod legata plura sint facta, vel quod rogaretur hæreditatem, vel bona restituere: & nihil interest à principio, vel ex post facto legetur, quia generi per speciem derogatur, item quia inter testamentum & codicillos non videtur dari prioritas vel posterioritas, cum vno momento firmentur, scilicet morte defuncti antequam hæres ius haberet. facit text. *C. de testament. tut. in l. 2.* & ita dictum *Alexan. in consil. 56.* quod ipse allegat falsum est, vult enim *Alexand.* quod si filiabus institutis domina massaria & vsusfructuaria vxor relinquatur, quod concurrent in vsufructu.

7 Et ex his intelliges quod dicit *Dec. cons. 607. num. 7.* quod *d. l. si aly*, non habet locum quando legatur vsusfructus omnium bonorum. Quod etiam hic voluit *Ang. de Perigl. & Raphael Cum.* Sed hoc debet intelligi quando bona ad hæredes pertinent, & tunc idem erit in legato vsusfructus rei particularis, quia non concurrit hæres cum vsufructuario in vsufructu, vt diximus, si verò ad alium bona pertineant, idem erit in legato omnium bonorum vel partis, quod in legato particulari fundi, & vsusfructus eiusdem fundi, & habebit locum *dict. l. si alii.* nam si Titio tertia pars bonorum relinquatur, & eiusdem tertiæ partis vsusfructus relinquatur Caio, locus erit *dicta leg. si alii.* & dictum Decij & Doctores per eum allegati intelligi debent, quando cum hærede esset quæstio, vtrum concurreret cum legatario, quia nunquam concurrit vt dictum est contra Alexandrum: secus si agatur inter duos legatarios, quia concurrent particularis cum particulari, & generalis cum generali, quia hoc exigit proportionis ratio, vt apparet ex his, quæ *Plato in Phadone, & Euclides in 5. 7. & 10.* si verò vni bona, alij vsusfructus vnius rei legetur, non concurrent in vsufructu, quia generi per speciem derogetur, & quasi ille qui legatum generale habet, sit quodammodo huius respectu loco hæredis, & præfertur legatum speciale. arg. *l. seruus, in § fin. infr. de legat. 3.*

Et ita non placet opinio *Bart. in l. Sempronio, in fin. princip. infr. de vsufruct. legat.* volentis quod si vni legetur prædium, alij vsusfructus omnium bonorum in illo prædio, etiam concurrant in vsufructu, quod verum non puto, quia intelligi debet de vsufructu bonorum, non legatorum, & ita non puto, quod sit vera opinio *Bart. in dict. l. Sempronio, & in l. fin. in fin. infra de vsufruct. legat.* & ratio est, quia respectu vsusfructus specialius est legatum prædio, ideo eximitur à legato vsusfructus omnium bonorum, & ita intrat *dict. l. seruis.* & vide bene *Bartol. in l. re coniuncti, in num. 10. infra de legat. 3.* & pro hoc facit *l. si quis alio, & l. pen. supr. de vsufruct. accrescend.* quia eadem ratione, quia non communicat hæres cum legatario vsusfructus, non communicabit legatarius partis bonorum, & bene in hoc loquitur *Petrus Paul. Paris. in consil. 94. in num. 34. volum. 2.* dicens quod non placet dicta opinio Bartoli, quia licet plenum ius dici soleat comprehendere proprietatem, & vsumfructum, vt in *l. fin. in § similí modo, C. de bon. quæ liber. & in l. fæmina, in § illud, C. de secund. nupt. & in § finitur, instit. de vsufruct. & in l. Titia, in princip. de annu. legat.* tamen in hærede hæc verba nihil significant, cum, etsi non dicatur succedat in vniuersum ius, quod defunctus habuit, vt in *l. hæred. de regul. iur.* & omnia sua sint quæ alijs specialiter non sunt legata, in legatis autem hoc ius eius plenissimum euacuatur, non ius vniuersale, sed harum rerum: quia illud minutio corporum non minuit, quoniam etiam sine vllo corpore iuris intellectum habet, vt in *l. hæreditas, de petit. hæredit. & in l. 3. infr. de bonorum possess.* & omnia verba, quæ corpora respiciunt, in institutionibus vacant, vt in *l. quoties, in § si duo, supr. de hæred. instit.* & ita *Ripa in dict. l. re coniuncti, in num. 40.* bene reprobat dictum Alexand. denique circa *dict. l. si alii,* dic quod nunquam hæres concurrit in vsufructu legato siue rei particularis, siue omnium bonorum, etiam si pleno iure sit institutus, neque legatarius vsusfructus omnium bonorum cum legatario vsusfructus rei particularis: quia inter hos est eadem proportio, quæ est inter hæredem & vsufructuarium vniuersalem, quia hæc specialiora sunt, ideo detrahuntur à genere, & non datur concursus. vide *hic Paul. de monte Pico, in num. 63.* licet non ita resoluat. & vide *in num. 68. & 152.* & etiam *in num. 26.*

Sed quid si filius matri dominæ massariæ, & vsufructuariæ institutæ velit potius dare vsumfructum, quam aliméta, an possit? Doctores hoc ponunt, sed ridicula sane est hæc quæstio. nam quomodo ita fatuus reperietur filius, qui litigare velit, vt plus det matri, & mater adeo fatua, quæ litiget, vt non plus, sed minus recipiat? nam alimenta in vsumfructum sunt, cum eam vsuariam constituant. Sed si adeo vterque fatui sint, respondebimus filium hoc non posse efficere, quia licet filius sit causa huius interpretationis, sed non volũtas filij, & interpretatio, filio existente, constituta à consuetudine non recipit variationem, quasi hoc expresse dixisset testator, ideo eius voluntatem filius mutare non poterit, & ita tenet *Salicet. in dict. authentic. quod locum in fin. & Salicet.* hic male refert *Paul. de monte Pico, in num. 29. in fi.* quia dicit quod *Salicet.* vult quod filius id possit, cum *Salicet.* dicat contrarium. 8

Item quæro quid si solum dixit dominam. Sol. iure communi habebit dominium, & erit fideicommissaria, siue legataria vniuersalis, sed per consuetudinem vniuersalem, vt dicit *Bartol.* non habebit dominium, quia non denotat dominium, sed quandam præeminentiam in domo, qualem habebat in vita viri, & intellige etiam quod habebit alimenta, quæ habebat in 9

vita viri, de quo agit hic satis confuse *Picus in*
numero 28. & aperte *Parisius in dict. consil.* 21. *in*
numero 18. *vol.* 2. vbi allegar plures Doctores,
& hæc intelligit *Bart.* in legato generali, sed iu-
10 re particulari non habebit locum dicta con-
suetudo iure communi, & ita tenet *Paul. Picus*
hic referendo Albericum in dict. aut quod locum, qui
limitat si res particularis esset tanti valoris, vt
consumeret fere totum patrimonium, quod
dubium videtur, sed quæstio erit magis facti,
quàm iuris, si forte villam magnam habens te-
stator vxorem dominam eius relinquat, in qua
habitare solebat, & quæ omnia victui neces-
saria suppeditabat. videtur eandem recipere
interpretationem hoc legatum, quam recipe-
ret, si omniũ bonorum dominam reliquisset.
11 Quærit præterea *Bar.* quid si filius, & exte-
rus hæredes instituantur, & vxor domina re-
linquatur, qualis fiet interpretatio, vtrum à fi-
lio sumenda sit, an ab extero. *Bart.* vult quod
pro parte filij alimenta, pro parte exteri vsum
fructum habere debeat: argum. *l. si ita scriptum,*
infra de manumiss. testament. & hanc opinionem
sequuntur magis commu. Doctores secun-
dum *Paulum Picum hic in num.* 31. sed *Salicet. in*
dict. auth. quod locum in num. 4. contrarium exi-
stimat, vt non hic diuisio fiat, quia vnicum est
legatum, at in *dict. l. si ita scriptum* diuersa sunt
legata: sed pateat mihi *Salicetus* non intellexit
inductionem Bartoli, nam *Bar.* vt puto induxit
illam legem, quia in ea, tempus vnicum vni-
co verbo à testatore prolatum, quo ad liber-
tatem aliam interpretationem recipit, quoad
aliud legatum aliam. ergo eodem modo vni-
cum legatum respectu diuersarum persona-
rum aliam, & aliam interpretationem recipiet,
illam scilicet, quam reciperet, si personæ non
essent admixtæ, & ita videtur fere expressa illa
lex pro opinione Bartoli, sed videtur fortiter
obstare text. in *l. iam hoc iure supra de vulga. &*
pupill. substitutio. quam hic allegat *Picus*, sed vul-
gari modo eam induxit, ego vero sic induco.
ibi probatur, quod licet fiat diuersa inter-
pretatio substitutionis, secundum qualita-
tem personarum, vt si fiat substitutio pupil-
lo, vulgaris & pupillaris facta videatur, si ad-
ulto, vulgaris sola: tamẽ si fiat vtrique in simul
non secundum quamlibet personam, varia fit
interpretatio, sed vnica sola, quæ vtriusque na-
turæ possit applicari, & ita vulgaris quæ v-
trique fieri poterit, sola facta censetur, non
vna vulgaris adulto & vtraque pupillo. er-
go & in specie proposita cum secundum con-
suetudinem ex vulgari opinione in persona
filij videtur legatum vsus, in persona extra-
nei vsusfructus, si vterque coniungatur, sola
interpretatio fieri debet secundum vsum qui
conueniat in persona vtriusque, in altero di-
uisum, in altero coniunctum cum fructu, &
licet videatur alia ratio in extero, quæ in fi-
lio, tamen idem est in *dicta l. iam hoc iure*,
cum in alio, vtpote pupillo, pupillaris, & vul-
gatis cadere possit, in alio vero adulto sola
vulgaris substitutio. quid dicemus? certe ego
opinionem Saliceti veriorem existimo, nam
quod dicitur in *dicta lege, si ita scriptum*, consti-
tuto iure libertatis fauore inductum est, ne-
que est alia dispositio ad quam dicta inter-
pretatio sit referenda, quia omnibus rebus li-
bertas fauorabilior est, vt dicitur in regula iu-
ris, & filio præfertur, neque ad filios, vel piam
causam trahi eius priuilegia debeant, vt in *l.*
Papinianus, in §. quarta, supra de inofficios. testa-
ment. & ridiculum foret filium medietatem
alimentorum soluere, exterum vero medieta-
tem vsusfructus, quod in iure reprobatum est,
etiam si vtrumque esset in obligatione, vt
in *l. in executione, in §. pro parte. & in l. 2. in §. &*
harum de verbor. obligat. & in l. seruo generaliter de
option. legat. & regula *dicta l. nam hoc iure* num-
quam deficit, nisi necessitatis ergo, vt in *l. si mu-*
lieri & Titio infra de conditio. & demonstrat. non
enim aliud potest ibi testator, ideo refertur ad 12
id quod potest. nam de voluntate ibi nulla
est quæstio, vide text. elegantem, in *l. si filius*
emancipatus in §. sequens quæstio, infra ad l. Cor-
nel. de fals. & hæc videtur veritas, vt non fiat di-
uersa interpretatio.
Sed qualis vel fiet vt habeat alimenta, vel
vsumfructum in totum? Respon. causa quæ
impedit potius inspicitur, vt in *l. 3. in §. fin. supra*
ad senat. consul. Sillania. sed licet istud iuris re- 13
gulis inspectis verum sit, non tamen adhuc
quiescit animus, ideo rem penitus dispicia-
mus, & videamus vnde hæc interpretatio
originem duxit, & certe cum mulier viuen-
te viro cum marito & filijs domina videatur,
sed dominium ad vsum refertur, non ad fru-
ctum. solum enim habet necessaria victui &
ita alimenta, & continuatur hoc ius filio in-
stituto: sed cum exterus instituitur, non est
talis cum quo mulier cohabitet, eoque iure
& societate vtatur, qua vtebatur cum mari-
to & liberis, ideo non vsum & victum tantum,
sed vsumfructum habet extero non admisso
ad participationem, & illam societatem, ideo
admixto cum filio extraneo, non iniquum vi-
detur, vt excluso ab vsufructu extraneo, filius
cum matre sicut vir cohabitabat, cohabitet. Et
eodem iure quo pater vtatur, & ita excluso ex-
tero, quod superfit ab vsu matris, filij sit, & ita
non omnino vera sit opinio Bartoli. nam plus
habebit filius secundum nostram interpreta-
tionem, neque aliqua regula vitiatur.
Nam non obstat *dicta l. nam hoc iure*, quia
hæc interpretatio ex consuetudine patrum fa- 14
milias inducitur, qua dicta consuetudo niti-
tur, & ita re ipsa, non solis verbis inducitur hæc
interpretatio. argum. *l. vel vniuersorũ, de pign. a-*
ctio. in l. Seio §. medico Sempronio, & in §. libertas de
annu. leg. difficultas est quod filius non succedit
in solidũ in iure parẽtis, sed in parte, cũ hæredẽ
exterũ habeat, sed nihil interest cũ ab hoc iure
sociali exterus remoueatur. ar. *l. hac cõsultissima*
in

in §. ex imperfecto, C. de teſtament. quod nota, & quod ſupra diximus diſpoſitionem ſimplicem vniformiter eſſe accipiendam, limita niſi præcedat ipſius diſponentis difformis diſpoſitio tacita vel expreſſa. nam ſimplex poſtea facta, ſecundum eam erit accipienda, vt in *l. legatorum, in §. 1. ſupra eod.* & facit materia *legis doli clauſula, infra de verbor. obligat.*

15 Quærit prætetea *Bartol.* quid ſi filius eſt inſtitutus, & dato ſibi ſubſtituto vulgari hæreditas ad ſubſtitutum perueniat, vtrum vxor debeat habere alimenta, vel vſumfructum, & Bartol. vult quod habebit vſumfructum, cùm ſubſtitutus filij priuilegio non vtatur, & pro hoc allegat text. in *l. cum patronus, ſupra iſto tit.* & cum Bart. tranſeunt magis communiter Doctores, ſecundum *Paul. de monte Pico, hic in n. 33. circa fin.* & tenet idem *Dec. in conſil. 476. Salicet.* tamen in *dict. authentic. quod locum* contrarium exiſtimat verius, quia vnica fuit diſpoſitio, & certa, ideo non ex accidenti mutari debeat. ſed non reſpondet *Salicet. ad dict. l. cum patronus,* quia ſicut ex euentu legis diſpoſitio mutatur, quare non voluntas teſtatoris, cùm ſecundum diuerſas perſonas, ius diuerſo modo interpretetur? Ad quod contra Salicet. facit ratio quam ſupra poſuimus, quia ex tero ſuccedente non poteſt dari illa communio, quæ eſt cum filio.

16 Quid in ſubſtituto pupillari, *Bartol.* diſtinguit, cuius diſtinctionem communiter Doctores ſequuntur, ſecundum *Iaſon. in l. ſi fundum, ſub conditione in §. ſi pater, in 2. column. in numer. 3.* latiſſimè diſputat *idem Iaſ. in l. & ſi contra tabulas, ſupr. de vulgar. & pupillar. Decius in d. conſil. 476. in num. 3. & 4.* & vide *Paul. Pariſ. in conſil. 21. in 1. column. in fin. cum ſequent. ſupra allegat.* qui tenuit quod non varietur legatum in perſona ſubſtituti pupillaris, cùm iam cœperit in perſona filij, cùm vnicum ſit legatum, ſecus ſi plura, vt ſi dixerit donec caſtè vixerit, quia videtur annuum. vide in Bartol. cuius ratio eſt, quia non debet teneri ſubſtitutus pupillaris, in plus quam filius, quando ab eo ..... *ad l. Falcid.* ſed ego contrarium puto, quia in hac familiaritate & coniunctione, non ſuccedit ſubſtitutus pupillo, ob quam coniunctionem & cohabitationem, hæc interpretatio inducitur, ideo ea ceſſante, debet ceſſare illa interpretatio. argument. *l. Seio amico, in fin. princip. infr. de annu. legat.* vbi ex futuro euentu minuitur legatum, ceſſante ratione, ob quam ab initio fiebat alia interpretatio, & ibi videtur expreſſum, ſi rectè ſupradictam rationem introſpicias, & hæc eſt vera opinio, quia vſusfructus, & vſus quotidie conſtituitur, ideo quaſi plura legata ſunt, vt in *l. 1. in §. ſed in vſufructu, ſupr. de vſufruct. accreſcend.* & faciunt hæc omnia ad ea quæ diximus, in *l. ſi filius hæres, de liber. & poſthum. in q. quando per adiectionem cohæredis extranei tollatur ſuitas,* quæ omnia valde nota, quia doctores non ſatis explicant.

Franc. Sarmient.

Quærit prætetea *Bart.* quid ſi diſpoſitio non fiat cum vxore, ſed cum matre, vel nouerca, ita vt nouercam vel matrem relinquat teſtator dominam maſſariam, &c. *Bart.* relinquit cogitandum, quia non loquitur conſuetudo in his ſpeciebus, & ita apparet quod *Bartol.* non diſcedit à Dyno inſpecto iure communi, ſed ſolum inſpecta conſuetudine, de quo in principio, ſed de hac quæſtione vide *Baldum hic & Angelum de Periglis in 3. quæſtione.* doctores ſunt varij. vide *Picum in numero* 40. Nam certum eſt, quod conſuetudo quam Doctores referunt, de his perſonis non loquitur, item hæ perſonæ in vita teſtatoris non ſunt ita dominæ, ſicut eſt vxor, vt in *l. aduerſus, de crim. expilat. hæredit. C.* adeo vt ſenſerit *Cuman. & Angel.* quod ita demum comprehendit iſtas perſonas, ſi in vita teſtatoris bonis fruebantur non alias: ſed quidquid doctores de hac re dicant, exiſtimo & in his perſonis admittendam interpretationem ſupradictam, cùm enim teſtator non verba iuris, ſed conſuetudinis vſurpauerit, videtur eorum interpretationem ſequi voluiſſe: quinimo & in his locis, quibus conſuetudo non viget, ſi hæc verba, quæ communiter poni non ſolent, vbi eſt dicta conſuetudo adiecerit, puto interpretationem etiam eorum ſupradictam admittendam, vt teſtator non ſolum barbara verba, & inconſueta, ſed eorum interpretationem, quæ fit apud eos, qui eis verbis vtuntur, ſequi voluiſſe videatur. nam mens teſtatoris, etiam ex his quæ ex errore proficiſcitur inueſtiganda & amplectenda eſt, vt in *l. quo loco, in §. fin. ſupra de hæredib. inſtituend.* facit textus *in l. ſeruos autem ſuos, infra de legat. 3.* quinimmo interpretatione voluntatis alicuius iuriſperiti ſequeret eius opiniones, quas in libris ſuis aſſeruiſſet, etiam ſi bonæ nun eſſent, neque ab alijs probatæ, quia mentem eius quales quales ſint ſatis explicant. nam leges quæ non poteſtatem, ſed interpretationem recipiunt, in noſtra ſunt poteſtate. nam ſunt quædam leges, quæ teſtatoribus imperant, de quibus nunc non loquimur, vt in *l. nemo poteſt, ſupra de legat. 1.* aliæ quibus imperat teſtator. Quales ſunt illæ quæ voluntatem interpretantur, vide optimum textum in *l. codicillis, in §. Lucius, infra iſto titul.* vbi, (vt textus inquit) Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine vllo iuriſperito, rationem animi mei potius ſequutus, quàm miſeram, & nimiam diligentiam, & ſi minus aliquid legitimè, minúſve peritè fecero, pro iuſto & legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.] 17

Quærit prætetea *Bart.* quid ſi non filius, ſed fratres, vel aſcendentes inſtituantur vxore domina maſſaria, & vſufructuaria relicta, an hi iure filij vtantur, vt vxor ſola alimenta percipere debeat. *Bart.* non determinat, ſed remanet dubius. *Imol.* vult quod hi iure extraneorum iudicentur, & ita vxor vſufructuaria ſit, quia non ita his fauorabiliter defertur hæredi-

tas ſicut liberis, & ita tenet *Angel. de Perigl.* de quo latè *Paul. de monte Pico, hic in numer.* 44. qui dicit Cumanum tenere contrarium, ſed non bene apparet, in quo *Cumanus* teneat contrarium, quia verba eius ſunt obſcura, & forte corrupta, ſed quoad quæſtionem, ego puto ſi hæ perſonæ cohabitabant cum vxore, eandem interpretationem recipere poſſe quæ fit cum filio, ſed facti potius quæſtio erit, quam iuris, & niſi magna ſit præſumptio, non eſſent eis concedenda iura filij, alias quæſtiones ponit *hic Paul. de monte Pico.* nobis ſufficit Bart. explicaſſe in neceſſarijs & text. noſtrum.

S V M M A R I V M

ex lege ſequenti.

1. *Commune dicitur meum.*
2. *Verba, eius cauſa paratum reſtrictiue ponuntur: & quæ ſit ratio.*

IDem *Modeſtinus*, Legatis vxori quæ vſus eius cauſa parata ſunt, eos ſeruos ad eam non pertinere, qui non proprijs ipſius, ſed communis vſus cauſa parata ſunt.] explica vt per *Cuman. & Angel. de Perigl. & Paul. de monte Pico*, ſed oppo. *d. l. ſerui electione, in §. fin. de legat.* 1. *& in l.*
1 *ſi quis ſeruos, infra de legat.* 3. vbi commune dicitur meum, ergo communi vſui paratum mei cauſa dicitur paratum. Solut. verbum hoc eius cauſa paratum ponitur ad reſtituendum, illud verò meum ponitur ad ampliandum, vt *infra titul. proxim. in l. hoc legatum*, ſed quæ eſt ratio? difficile eſt, ſed poſſumus dicere quod cauſa propriè eſt, ex qua ſola producitur effectus, ſed hic non fuit cauſa, vt pararetur ſola mulier, ergo non poſſumus dicere eius cauſa paratum. præterea
2 ſi hæc verba non ponuntur ad reſtringendum, clarius poſſet rem expedire ita legando ſeruos ſupellectilia, quæ nobis, vel vxori ſeruiunt, relinquo, vel quid ſimile, vel dic ſubtilius, cùm vxor & vir cohabitent, certum eſt iure familiaritatis maritum rebus vxoris, & per contrarium vxorem rebus mariti vti, ideo ſi hæc conceptio eius cauſa parata non reſtringeret legatum ad ea quæ ſpeciatim ſibi ſeruiunt, omnia quæ domi ſunt venirent, ideo vt hoc inconueniens excludatur, neceſſe eſt vt fiat prædicta interpretatio, quod eſt valde notandum.

S V M M A R I V M

ex lege ſequenti.

1. *Legatum eſt etiamſi non præſtetur ab hærede.*
2. *Si præſtetur à teſtatore, an poſſit reuocari remiſſiue.*

1 LEgatum eſt donatio teſtamento relicta.] addit gloſſ. ab hærede præſtanda, ſed contra *ſupr. eod. in lege Lucius*, vbi teſtator præſtitit non hæres. Solut. legatum relinquitur præſtandum ab hærede, tamen ſi id præueniat teſtator, non deſinit eſſe legatum. nam qualitas etiam contraria ſuperueniens in executione, non vitiat actum. ſi enim rem vendam tibi pro decem, & tu poſtea loco illorum decem, des mihi ſeruum, non impedit quin ſit prior venditio, non permutatio, vt in *l. pretij cauſa. C. de reſcind. vendit.* ſic mutuum datur, vt non idem, ſed aliud reddatur, ſed tamen ſi caſu idem redderetur, nihilominus eſſet mutuum. vt per *Bartol. in l.* 1. *in fin. ſupra ſi certum petatur. ſecundum Marian. in repetitio. rub. in num.* 53. *ſupra de legat.* 1.
denique legatum relinquitur ab hærede præ- 2
ſtandum, non tamen requiritur, vt præſtetur vt ſit legatum. quid enim ſi accepto ferat legatarius vel hæredi donandi animo remittat, vtrum deſinit eſſe legatum? maxime quia ea quæ exclusionē recipiunt, nō ſolent reſpicere rei ſubſtantiam, vt notatur in *l. vniuerſa. C. de precib. imperat. offer.* Sed vtrum facta traditione à teſtatore rei legatæ, legatum fiat irreuocabile, vide quæ diximus in *dicta l. Lucius circa fin.* vide ibidem vbi explicauimus quæ *Bart. hic* ponit poſt Dyn. & nota breuitatem huius legis in definiendo. nam vt dicit *Ariſtotel. in arte rhetor. in l.* 1. exiſtimare oportet diffinitiones tunc demum idoneas eſſe, cùm de ſingulis rebus neque obſcuræ ſunt, neque exquiſitæ.

S V M M A R I V M

ex l. Qui teſtamento.

1. *Quando ſecundum legatum inualidum tollat primum.*
2. *Manumiſſio inter viuos tollit legatum, etiam ſi ſit inualida.*
3. *Quid ſi ſecundum legatum ſit pium.*
4. *An ſit pia cauſa fauorabilior libertate.*
5. *Reprehenditur ſummarium Bartol.*

PApinianus, Qui teſtamento inutiliter manumiſſus eſt, legari eo teſtamento poteſt, quia toties efficacior eſt libertas legato, quoties vtiliter data eſt,] in *gloſſ.* 2 *in princip.* dic quod gloſ. non eſt vera, quia valet legatum. nam vbi legatur ſeruus, & liber eſſe iubetur, præfertur liber-
tatis legatum, & excluditur legatum ſerui li- 1
bertatis fauore, ideo ceſſante libertate, valet legatum ſerui, quod ſolum propter libertatis fauorem excludebatur, & ſubſiſtit iure communi, ſed oppon. *d. l. plane, in princip. de legat.* 1. vbi etiam ſi non valet legatum ſecundum, non valet primum. Solut. ille text. non loquitur de libertate, ſed loquitur vbi conſtat de voluntate teſtatoris, quod voluit transferre legatum, quod oſtendit animo adimendi legatum prius, ideo & ſi tranſlatio ſit inualida, operatur valide ademptionem, vt in *lege ſi pluribus, eod. titul. & in lege ſi transferam, infra de adimend. legat.* Sed quando non conſtat de animo transferendi ſimpliciter, non videtur animus adimendi à primo, ideo ſecundum legatum

tum non tollit primum nisi fauore libertatis, quo cessante redimus ad ius commune: denique in l. contraria tollitur prius legatum ex mera, & sola voluntate, hic vero ex priuilegio libertatis. facit tex. in *l. quod si alij infra de adimend. lega.*

Sed opponitur, quod etiam si libertas non valeat, per dationem libertatis, videatur legatum ademptum, vt *in l. 3. in § fin. infra de fun. instruct.* vbi *Papinianus* inquit, Minor viginti quinque annis instructa prædia consobrinæ suæ dari voluit, & quosdam seruos prædiorum viuus manumisit, non idcirco serui manumissi cum prædijs ex causa fideicommissi præstabũtur, quod ad libertatem peruenire non possunt, idem iuris est, cum ex quauis alia causa nõ
2 competit libertas.] Sol. ibi non in testamento, sed inter viuos manumisit, quod facilius prioris legati reuocationem inducit, vt in *l. rem legatam, de adimend legat.* nam in legato concurrere solent regulariter, nec reuocatio alteri legando inducitur, sed inducitur communio, nã faciunt sibi partes per concursum, vt in *dicta l. si pluribus*, secus si inter viuos alienetur, vt in *dicta l. si pluribus*, & facit *l. cum seruus legatus, infra de adimend. legat.* item *in dicto § minor*, legatum seruorum quodam modo erat vniuersale, ideo generi per speciem facillime derogatur, adeo vt idem forsan esset, sed in testamento essent manumissi, quasi de legato generali excepti. argument. *l. seruis vrbanis, in § fin. de lega. 3.* sed præcedens solutio est melior.

Et pro resolutione dic. quod vbi res semel vni legata alteri legatur, in dubio vtrumque legatum subsistit, si compatibilia sint, & faciunt sibi partem, vt in *l. plane in § si eadem res, de legat. 1.* si vero incompatibilia sunt, vt libertas, & legatum ipsius serui, præfertur libertas propter priuilegium, ideo si libertas non subsistat, reditur ad ius commune, vt legatum valeat vt hic.

3 Sed quæro si sit eadem res legata Titio, item pio loco, an causa pia præferatur, quod videtur sicut de libertate est dictum: sed contrarium existimo vt faciant sibi partes per concursum, quia hæc legata non sunt incompatibilia, si enim essent, vinceret ratio pietatis, vt in *l. sunt personæ, supra de religios. & sumpt. funer.* facit *l. inter pares, infra de re iudicat.* facit *supra isto titulo l. si idem seruus.* vbi vero vtrumque stare potest, non tanti est causa pia, vt voluntas testatoris sit subuertenda: quia ita demum pijs causis debitores sumus, vt alijs iniustitia non fiat, vt in *c. ex tenore de foro competent.* faciunt quæ diximus *in l. si quis seruum in §. si cui certam. num. 24. in fin. supra eod.* ad quæ est hic fortissimum argumentum, & adde quod in iure nihil est adeo fauorabile, sicut est libertas, vt in *regul. iuris. in l. libertas omnibus rebus fauorabilior est*, & licet *Socin.* velit hodie de iure canonico fauorabiliorem esse piam causam, quam libertatem *Soci.* inquã
4 *in l. Marcellus in § quod autem in num. 9. infra ad senatusconsultr. Trebellian.* quod alibi se non legisse inquit *Peralta supra isto tit. in l. Titia cum testamento, in § Titia cum nuberet, in num. 5.* qui cum sequitur; tamen falsum est, cum iure canonico filius piæ causæ præferatur, vt in *cap fin. 17. q. 4.* & notatur in *l. si quis ad declinandam. C. de Episco. & clericis*, tamen libertas præfertur filio, vt *in l. Papinianus, in § quarta supra de inofficios. testament.* & ita falsum est libertate potiorem esse aliã piam causam, cum & libertas pia causa sit, vt per *Tiraquel. in tracta. de priuileg. piæ causæ pag. 15. & 16.* Quo fit vt falsa sit Bar. & aliorum opinio dicentium valere legatum in voluntate alterius relictum ad causas pias, vt latius ostendimus in lib. 2. harum selectarum interpret. in cap. 7. in num. 35.

Vltimo not. quod summarium *Bar. hic*, & 5
quod glo. not. quod vtile per inutile non vitiatur, male applicatur ad istam legem, quæ loquitur in legatis contrarijs, in quibus efficit inualiditas vnius, vt aliud substituere possit, & loquitur in diuersis personis, quæ omnia cessant in dicta regula vulgari, vtile per inutile nõ vitiatur. proprius illa regula loquitur, quando vna pars eiusdem dispositionis est inutilis, vtrum pars quæ vtilis esse potest, sustineatur, vt in *l. sancimus C. de donationib. & in l. 1. in § si stipulanti, infra de ver. oblig.* melius igitur notabis ex ista l. quod in dispositionibus contrarijs, ad positionem vnius sequitur remotio alterius, & per contrarium.

SVMMARIVM

ex l. Quod seruus.

1. *Fructus rei legatæ à quo tempore debeantur.*

PApinianus, Quod seruus legatus ante aditam hæreditatem acquisitam hæreditatem acquirit,] in *glo. 1.* istam glo. sequitur *Bar. in l. seruo legato*, vbi *Iason. in nu. 4.* dicit magis communiter id teneri *supra de legat. 1.* vt fructus acquisiti ante aditam hæreditatem, debeant legatario restitui, & vid. *glo. in l. fin C. de vsur. & fructib. legat. Iaso. in § ex maleficijs, de action. instiut. in num. 23.* sed contrarium communiter tenetur, vt patet ex *Alexand. in l. si tibi homo in § cum seruus de leg. 1.* ex *Corne. in dict. l. fin.* & vide *Gualden. in tracta. de arte testand. in titu. 6. in nu. 10. & 11.* Sed quæro quare non quæritur per seruum legatario cum eius fuerit à morte testatoris. Sol. eius fuit non vere, sed fictè, & leges quæ dicunt seruos dominis quærere, de dominis veris, non fictis debent intelligi.

Lex si hæres, dic vt diximus latè in *l. cum fundus, supra eod.*

Lex si duobus, nota quod vbi ex duabus causis res mihi defertur, altera omissa potest ex alia fieri acquisitio, vt & in *l. Puberem C. de iure deliberand.* oppo. *supra eod. l. & Proculo* glos. respondet, vide quæ ibi diximus, & vide tex. in *l. si mihi &*

Titio,infra eod. vbi glo.& doctores.

Lex Meuio. variè legitur hæc lex vno modo vt totus hic tex.loquatur in re tantum coniunctis, & hic intellectus ponitur pro vltimo. in glo. & approbatur communiter secundum *Iason in l re coniuncti, in nu. 144. & Ripa ibi nu. 101. infra de legat.3.* vbi vide *Besutium,c.& 2.col.* & ibi declarabimus istum textum.

SVMMARIVM

ex §. A me hærede.

1. *Verbum peruenit,qualiter accipiatur.*
2. *An sit differentia inter virum & extraneum.*
3. *Vtrum possit peti dos & legatum.*

§ A Me hærede vxori meæ ita legatum est, quidquid propter Titiã ad Seium dotis nomine peruenit, tantam pecuniam Seius hæres meus Titiæ det; quæro an deductiones impensarum fieri possunt, quæ fierent si de dote ageretur? Respondit non dubito quin vxori suæ,quod ita legatum est à te hæres peto,quidquid à te peruenisset , vt tantum ei dares, tota dos sine ratione deductionis impensarum mulieri debeatur,non autẽ idem ius seruari debet ex testamento extranei,quod seruatur in testamento viri qui dotem vxori relegauit. Hæc enim taxationis loco habenda est, quidquid ad te peruenit , illic autem vbi vir vxori legat, id videtur legare quod in iudicio dotis mulier consecutura fuerit.]

Nota tex. secundum Paulum hic quod maxime interest verba referantur ad ius, vel referantur ad factũ, quod facit ad ea quæ diximus *supra eod. in l.quidam in testamento,* vide ibidem.

1 Sed oppo. quod verbum peruenit ad ius, non ad factum referatur,cum peruenisse accipiatur scilicet cum effectu,non quod datum est , sed quod datum permansit, tam in contractibus, quam in vltimis voluntatibus, vt *de hare. vel actio.ven.supra in l.2.in §. peruenisse, & in l. qui concubinam, in §. cum ita, infra de leg.3. & in l. cogi in §. 1. infra ad senatusconsult. Trebellian. Bart.* respondet quod hic speciale sit fauore dotis, cum contra ius commune loquatur,ideo extra casum in quo loquitur, scilicet quando extraneus ita legat,trahi non debet:cogitandum tamen *Bar.* relinquit, & hanc differentiam inter virum & extraneum leganrem. subsensit text.

2 nostet vt in extraneo verba factum respiciant, in viro ius,sed glo. quæ secundum Bartol. hic communiter tenetur, non admittit istam differentiam inter virum & extraneum,sed in solis verbis,vt si legetur quidquid peruenit nulla fiat deductio,si vero dos legetur,fiat. nam tex. mutat verborum speciem,vt patet,& ita siue in viro siue in extraneo distinguendum est ex vi verbi,& ex modo legandi,non ex persona legantis sit extraneus, vel vir, & ita tenent communi. docto.secundum *Cuman. hic & Salicet.& Corne.in l.3.C.de fal.cauf.adiect. legat.* ad difficultatem, quod verbum peruenire intelligitur cũ effectu,respondetur ex mente *Cuman. & Paul.* quod verbum peruenisse intelligitur cum effectu inspecta prima causa , & ea quæ inerat à principio,exempli gratia,si mihi deferatur hæreditas, cuius æstimatio non computatis debitis fiat in mille, si debita sint 500. non dicetur ad me peruenisse nisi 500.quia à principio constat non simpliciter peruenisse, sed tantum accepisse non remansurum,vbi vero semel perfectè accepi,superueniat tamen causa, ob quam diminuatur, quæ à principio non inerat, non efficit vt peruenisse non dicatur, & ita intelligitur hæc l.peruenit igitur ad virum dos 300. quæ ei data sunt , & si ex interuallo impensæ nomine in 100.minuatur.

Sed contra hæc oppo. quod hæc lex, licet verba mutet,tamen mutat personas etiam, & distinguit inter virum & extraneum.Sol. Si teneas supradicta, dic quod ideo mutat etiam personas.quia hoc modo legandi vir vti soleat, non etiam exterus, & ita non fingit speciem in extraneo,qui hoc modo legare non solet, sed mihi verius videtur, quod fiat aliqua differentia inter virum & extraneum, vt etiam voluit glo.dict.l.3. ea scilicet. quam hic ponit Imola, licet postea recedat ab hac distinctione, vt si ita legetur, quidquid dotis nomine ad Titium ex Seia peruenerit,siue ad me,qui sim vir & testator,non fiat deductio expensarum, quia ad factum respexisse videtur,& ad tempus dationis,si vero dos Titiæ sibi legetur, si maritus leget,deductio expensarum fiat,vt *infra de do.præle.in l.dote prælegata,* si vero exterus leget, integra dos sine deductione legata videatur, cuius ratio est,quia compensatio, quæ fit ratione expensarum, vel diminutio maritum non exterum respicit, maxime si dos non sit in pecunia. argu.*supra de impens.in reb.dot.in l.quod dicitur,* vide quæ ibidem notantur,& fac.*de compensa.C.l. eius quod,*& ita in verbis præteriti temporis non fiat distinctio inter virum & extraneum,in verbis autem præsentis fiat quod sensit *Bald.& Sal.in dict.l.3.vide ibid. Corn.in col.1.* & add. quod post glo. *dict.l.3.Cuma.hic 2.lect.* vult quod marito legante fiat semper deductio, etiam si primis verbis vsus sit testator , quod non placet, cum *l.in marito* etiam mutet verba , vt fiat deductio, quasi si primis verbis vsus esset, non fieret

In *glo.fin.*ibi,principium donationis melius dixisset dationis, sed salua glo. si fuit datum à patre, vel extero, nam eo casu donatio facta mulieri fuit,item glo.oppo.*infra de dot.præl.l.dote gloss.*Sol.secun.illam dic quod glo.vult quod ob idem non fit retentio, & sic non fit deductio hic. sic solue quod hic & ibi fit deductio expensarum , non retentio ob donationem vt ibid.

Quærit *Cuman.* vtrum dotem & legatum 3
petere

petere possit,in quo dubium nõ est, quod possit,si exterus legauit,si non constat animo liberandi matitum factum, alioquin contrarium esset. *de nego.gest.in l.soluendo,& supra tit. t.l.si seruo legato,in § si testator*,nec potest dici duplicem lucratiuam causam concurrere, cum à marito vxor causam lucratiuam in dote non habeat, à patre autem licet habeat, non cõcurrunt, cum dationis tempore legatum factum non sit, item quia soluitur ex hoc legato prius æstimatio, & ad istam l. de supradicta deductiune vide quæ tradit *Bar. in simil. infra de condition. & demonstrat.in l.sed si hoc,in §.1.in q.de Gabella.* quod facit etiam ad l.sequent.

S V M M A R I V M

ex l. Cum ei.

1. *Medium inhabile impedit coniungi extrema.*
2. *Quando possit alij capere quod sibi non potest.*
3. *Incapax partis tantum,est capax tituli.*
4. *Onus quando remanet apud hæredem, ut pro non scriptis.*

IAbolenus, Cum ei qui partem capiebat,legatum esset vt alij restitueret, placuit solidum capere posse.]

Vide concor.in glo.& vide *supra de hered.inst.in l.si quis solidum,& infra de conditioni.in l.sed si hoc,in §.1.*vbi vide *Bar.* item oppo. medium in-
1 habile impedit coniungi extrema habilia, vt *supra de seruis rusti.præd.in l.qui sella, in §. fin.& de diuers.& temporal.præscrip. in l.penul. in versi.sed si medius.*Sol.secundum *Paul.de Castr.* hic speciale est in nostro tex.quod verum nõ est, nec enim hæc regula fallere potest, cum natura ipsa necessaria sit,ideo dic quod hic est incapax partis commoditatis, non tituli, cuius sublato commodo in totum erat capax, vt in legibus hic allegatis in glo. ideo falsum est eum accipere non posse, licet sibi in totum capere non possit,quod primum sufficit vt patet.
2 Sed oppon. quia si in totum commoditatis incapax esset,& instituerenr,vel legaretur, totumque restituere rogetur,nulla est talis dispositio,vt not.glo.Bart. & communiter Doctores,*C.de fideicommissis, in l.eam quam*, & pro hoc omnes hæ leges quæ fingunt speciem in eo,qui solidum capere non poterat,partim tamen poterat: quasi secus esset, si omnimodo incapax esset, etiam respectu partis, sed quod iuris est de parte respectu partis,idem debet esse in toto respectu totius, ergo,&c.
3 Sol. non est bonum dict. argu. cum sit diuersa ratio, ille enim qui respectu partis capax est, capax est tituli integre, dum tamen commodum non excedat id, quod per legem capere potest, vt in dict. ll. at in omnino incapaci, nec tituli neque commodi capacitas datur,ideo intrat prædicta regula quod medium inhabile impedit coniunctionem extremorum, & hoc vbi medium necessarium est, vt hic iunct. *infra eod.l. imperator in princip.* secus vero si medium necessarium non esset, vt patet de medio inter mortem & aditionem,vel inter testamentum,& mortem, vt not. *supra de hered. inst. in l.si alienum,in §.extraneus*,ex quo,cum hodie dominium recta via transeat in secundum legatarium,vt *C.commun.de leg.in l.1. in §. & hac dicere*, quod si legetur domus penitus incapacis vt eã Titio det, valet legatum in Titij persona, licet *Bar.dict.l.eam quam*,sentiat oppositum, sed forte ad ius nouum non respexit,nec etiam loquitur,vbi legatur à legatariu, vel fideicommissariu,de quo l.hic loquitur,quod est notandum.

Sed oppo. quod legata pro non scripta remaneanr apud hęredem sine onere.Sol.verum est si sit onus extrinsecum,secus si intrinsecum quia transit ipso iure, item illud est in onere, quod proprie vt onus petitur, hoc vero legatum principale est, quod directo suoque iure capitur, & ex his habes, quod hic non erat incapax tituli,quia vbi taxatur commoditas, tituli ratio non habetur, vt prohiberi videatur, secus vbi omnino incapax iudicatur,quia tunc medium inhabile, &c.Quicquid *Paul hic* dicat speciale esse in hac l. 4

Sed contra omnia supradicta oppo. *d.l.3. in §.si proponas,infra de legat. præst.* ibi erat in totum incapax medium,& valet. Sol. quædam est incapacitas personæ, cum qua fit dispositio, & procedunt supradicta, quædam vero est incapacitas non simplex, sed quæ per accidens superuenit, & tunc defectus talis, etiam si medium respiciat,non impedit extrema, vt ibidem quia inspicitur finis, ex quo medium sumit vires, vt ibidem, & ad istam lege... vide quæ ponit *Bart infra de condi.& demonstrat.*

S V M M A R I V M

ex l. Si ita relictum.

1. *Inter fideicommissarium & hæredem, non potest dari coniunctio.*

POmponius, Si ita relictum fuerit: quantum hæres meus habebit, tantum Tithaso dari volo,pro eo est quasi ita sit scriptum,quantum omnes hæredes habebunt , quod si ita fuerit, quantum vnus hæres habebit tantum Tithaso hæredes meos dare volo, minor pars erit accipienda, quæ venit in legato.]

Istum tex.not. explicat *Bar.* cui addere necessium non est,de indefinita *Bar.*se remittit ad l.sequent. ego latius explicaui *supra de liber. & posthum.in l.2.*& adde,quod Stichus,vel Tithasus,de quo in hoc tex.erit legatarius,vel fideicommissarius, vt tex. expresse dicit in fin. ibi quæ venit in legato, & sic in prima parte fideicommissarius vniuersalis erit , quia quantum omnes habent est ei restituendum, in secunda vero , partis tantum, quia verbum quantum magis ad quantitatem & bona, quam ad ius

refertur,

refertur, denique legatarius, vel fideicommissarius est totius, vel partis, totius in primo responso text. partis in secundo, vt mirandum sit *Paul. de Castro in præsenti* velle quod in prima parte tex. Stichus cum hæredibus quasi re coniunctus concurrat, ipseque dimidiam, alij vero aliam dimidiam hæreditatis habeant, vt in *l. plane in 1. & 2. responso de legat. 1.* quod sane ridiculum est, cum inter fideicommissarium, & hæredes, nulla coniunctio possit cõsiderari, quod autem Stichus hæres non sit, ex tex. apparet ibi in legato, & ibi dari volo, quod verbum obliquum est, vt patet ad sensum, & expresse ponit *Bar. supr. de vulga. in l. Centurio in col. pe. in num. 43. per l. infra de vsufruct. legat. in l. fundi Trebatiani, cum glos. verb. dari.* Item oppo. contra fin. text. quod non minor portio legata videatur, sed quod legatarij sit electio. Sol. illud in legato alternatiuo, hic in legato dubio, cuius declaratio pertinet ad hæredem, vt *supra in tit. 1. in l. si quis à filio, in §. si quis plures cum alijs,* item hic differentia est in summis, quarum electio semper est hæredis, *infra eadem l. in § fin.* vt dic ibi.

SVMMARIVM

ex §. Pegasus.

1. *Vtrum possit detrahi falcidia.*
2. *Vtrum possit agi ante tempus.*

§. PEgasus solitus fuerat distinguere, si in diẽ fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse, cuius causa tempus dilatum sit. vtrumne hæredis, quo casu hæres fructum retinere deberet, an legatarij, veluti si in tempus pubertatis ei qui impubes sit, fideicommissum relictum sit, tunc enim & fructus præstandos, & antecedentis temporis, & hæc ita intelligenda sunt, si non nominatim adiectum est, vt cum incremento hæres fidei commissum præstet.]

1 Quærto an ista specie qoando legatarij fauore, vel fideicommissarij tota est facta dispositio, vtrum possit quartam detrahere? *Bald.* quod non, *C. de fideicommis. in l. post mortem,* vbi *Iaso. in 2. col.* & ita in specie posita, *supra de liber. & post. in l. multi non nota,* non detrahetur quarta. sed certe prædicti doct. errant, quia iure isto nihil operabatur hæc defuncti intentio, licet talis ex dicta dispositione colligeretur, quia etiam expressa voluntas non obseruabatur, vt *infra ad l. falcid. in l. Titia. & in l. qui totam, infr. ad Trebellian.* item hodie requiritur, vt hoc exprimatur, vt *C. ad l. falcid. in auth sed cum testator,* scilicet, quoad falcidiam vt alias diximus in istis selectis interpretation. in lib. 2. in cap. 7. Ideo hæc opinio placere non potest. 2. quæro an in hac specie possit agere legatarius, vel fideicommissarius ante tempus, quod videtur expressum *infra eod. l. cum pater, in §. curatoris, de conditio. & demonstrationib. in l. Titio centum, primo responso, & infra tit. 1. in l. pater in §. Iulius,* sed facit in contrarium, quod si minor sit, hoc non possit. arg. *dict. l. Titio centum 2. respons. & C. de vsucap. pro empt. in l. 2.* sed expressum est in *d. §. curatoris,* ideo quoad alienationem procedit *dicta l. 2.* nisi euidens vtilitas, &c. argu. *de conf. tut. in l. in confirmando, & in l. vtilitatem,* quia de se nõ alienare vtile est, sed in dilatione exactionis non videtur hæc vtilitas ita euidens, ideo in dubio potest spernere præceptum, vt in *dict. §. curatoris.*

SVMMARIVM

ex §. Si ita scriptum.

1. *In quantitatibus cuius sit electio hæredis vel legatarij remissiue.*
2. *In alternatiua inter totum & partem, an sit electio.*
3. *Quid in speciebus.*
4. *Electio inter totum & partem datam hæredi, efficit vt in minimo consistat legatum sine electione, secus vbi electio est legatarij. & quæ sit ratio.*
5. *Subtilis ratio Raphae. Cuma.*
6. *Quando possit quis petere partem.*

§. SI ita scriptum sit, Decem, aut quindecim, hæres dato, pro eo est ac si decẽ sola legata sint: at si ita sit post annum, aut post biennium quam ego decessero, hæres dato post biennium, videtur legatum, quia hæredis esset potestas in eligendo.]

Opponitur, quod electio debeat esse legatarij, vt in *l. Lucio supra isto tit.* Sol. dupliciter potest hęc oppositio intelligi, primo modo, quod possit electio consistere inter totum & partem vt in l. contraria, secundum quod electio debeat esse legatarij, ita vt siue consistere electio possit, siue non possit, quia certi sumus neminem in damnum suum, electurum in maiori parte consistat legatum: ideo duplex est assignanda solutio, & quo ad hanc partem vtrum simpliciter quærendo legatarij, vel hæredis sit
electio, quia aliqui in quantitatibus aliter di- 1
cendum, quam in speciebus existimant: videnda sunt quæ latissime diximus in *d. l. Lucio,* ne hic eadem repetantur. Quoad aliam vero difficultatẽ, quando ponitur alternatiua expresse
inter totum & partem, & in hoc dd. distinguũt 2
aut hæredi est data electio, aut legatario, si hæredi qui est debitor, tunc electio consumitur, & legatum in minori quantitate consistit: denique si decem aut quinque, prout hæres voluerit, legentur, electione sublata in quinque tantum consistit legatum, vt hic, fallit si posset hæredis interesse ratione qualitatis adiuncta ratione personæ, vel loci secundum Bart. per tex. *in l. qui res, in §. si mihi de sol. & in l. si is cui decem, ff de nouation.* vt si hic decẽ, vel Romæ octo dari iubeatur, forsan interest sua, hic potius decem dari: tunc enim non consumitur electio, vel si decem Titio aut quindecim Sempronio dari iubeatur hæres, vt est expressum in *dicta l. si*

is

is cui decem, neque in his speciebus dicemus inter plus, & minus cadere electionem, cum ratione loci, & tẽporis possit aliquid plus & minus dici, vt in §. *plus, insti. de actionib.* & idem esse in mutatione personæ, quid si consanguineo decem, aut extero quinque dare damnetur hæres? denique vbi omni ratione legatur plus, aut minus in hæredis vel debitoris electione in minori consistit obligatio electione exclusa, vt in *l. si ita stipulatus fuero decem, aut quindecim, infra* 3 *de verbor. oblig.* & eadem ratione idem dicemus in speciebus, vt si domus integre, vel domus medietas legetur, idemque in generibus si ● nus aut duo serui legentur; vt diximus in *dicta l. Lucio circa fin.* sed opponitur, quod semper etiam in summis possit vtilitas esse hæredis, si falcidia locum habeat, qui forsan vni plus dare velit, vt alij grauentur. Solut. non admitterem huius interesse habendam esse rationem, nam quod supra diximus personarum variationem conturbare plus & minus, per tex. expressum in *d. l. si cui decem*, id verum est, vbi à testatore, vel stipulante hæ personæ ponuntur in dispositione, non si extrinsecus & accidentaliter hoc interesse quasi in testatoris fraudem adducatur, ideoque si vt suos fraudet creditores, hæres dicat legatario non quinque, sed decem velle soluere, non esset audiendus, quod est valde notandum ad interpretationem eorum quæ ponunt Doctor. hic, & ad *l. qui autem, infra qua in fraud. creditor.* & ad ea quæ dicta sunt, *in l. si quis seruum, in §. si inter duos, supra isto titul.*

Er hæc dicta sunt quando hæredis est electio, quando vero legatarij est electio, vt si legata sunt decem aut quinque, prout ipse elegerit, videbatur eadem ratione electionem subtrahendam. quis enim eligat id, quod est sibi deterius? sed doctores contrarium volunt, per *l. plane in §. penul. supra de legat.* 1. quæ nihil facit, nam ibi loquitur in alternatiua inter res penitus diuersas, quia legatum fundi, aut vsusfructus eiusdem, non continet partem, & totum eiusdem rei, quia vsusfructus formalis, è casuali differt. & ideo si legetur iter, aut actus inter penitus diuersa ponitur alternatio, licet sub actu iter contineatur causaliter, sed non formaliter, ideo *dict. l. plane, & dicta l. Lucio*, procedit etiam si electio expresse hæredi data esset, quia res penitus alia est, vt diximus late in *dicta l. Lucio*. licet doctores communiter non ita dictas leges interpretentur, imo allegando ad id quod allegant male intelligunt, sed licet illæ leges non probent, quod quando electio est creditoris in summis alternatiuis non corrumpatur electio, sed in vtraque consistat obligatio, vt expresse dicit *Bar. hic & in l. si duo rei, infra de verb. obligat. in fin.* vera tamen est ea opinio. ratio est secundum eos, vt diximus *in dicta l. Lucio in fin.* quia facilius in ducitur remissio, quam obligatio, ideo si quis promittat decem aut quinque. difficilius est, vt decem dare velit, si vero sibi promittatur decem aut quinque prout creditor velit, facilius est vt quinque cõtentus sit, sed hęc ratio docto. non stringit, nam à communiter accidentibus sicut non est verisimile plus daturum, ita neque remissurum, licet hoc fauorabilius sit quam prius: ideo melior est ratio subtilis Raphael. Cuma. qui tetigit veritatem, inquit enim reprobando dict. rationem, per hæc verba, rationem ponunt *dd. hic & in l. cum quidam C. de verb. sign.* quia hæres verisimiliter minus eliget, legatarius autem aliquando minus vult, quæ ratio non valet, quia in vtroque eadem est ratio, sed melior ratio est, quia legatum potest conferri in voluntatem meram creditoris, vt in *l. si ita legatum, in §. illi si volet, in tit. præcedent.* sed non in voluntatem debitoris *l. centesimis in fin. infra de verbor. obligat.* ratio differentiæ, quia quod pendeat ex voluntate debitoris est contra naturam obligationis, nam obligatio est iuris vinculum, quo necessitate astringimur, sed non ita in voluntate creditoris, quia frustra esset quod haberet actionem nisi velit agere, &c. Hæc verissime Cuma. quæ clarius etiam explicari possunt, obligationi repugnant, vt in voluntate debitoris sit obligatio, vt *in l. si sub hac, de actio. & obliga.* & ex diffinitione obligationis apparet, & diximus latissime *in l. si filius hæres in quæst. supra de liber. & posthu.* quod autem sit in voluntate creditoris non repugnat, imo ei conuenit ex natura sua, sicut igitur non potest esse in potestate debitoris an debeatur, ita neque quantum debeatur, decem, aut quinque, & quatenus in eius volũtate relinquitur, corrumpitur & inutilis est obligatio. nam idem iuris est de parte, quod de toto, vt in *§. nihil autem interest de fideicommiss. hæredi. & in l. quæ de tota, de rei vendic.* & hoc exigit mathematica ratio, vt alibi docuimus, scilicet in libello defensio. in 2. parte, circa 14. monitum in num. 4. Sicut ergo tota obligatio, non potest esse in debitoris voluntate, potest tamen in creditoris, ita & pars. potest igitur in potestate legatarij esse quantum sibi debeatur, si id à testatore concedatur. nam licet obligationem diuidere non possit, vt in *l. neminem, supra isto tit.* fallit si ab eo à quo oritur obligatio concedatur: de eius enim voluntate & in partes quotitatiuas, & integrales, & numerales potest fieri diuisio, vt in *dicta l. Lucio*, & ita procedunt supradicta, & in hunc sensum potest expendi tex. in *l. qui concubinam in §. cum ita de legat.* 3. vt quod ibi inquit *Iabolen.* Deberi partem minimam, quia cum hæres dare damnatus esset, in potestate eius esse quantam partem daret.] quia sic vult *Iabolenus*, sicut & hic *Pomponius*, vt data electione hęredis in minimo consistat obligatio, quia alioquin in sua potestate esset quantum daret, quod fieri non potest, & ita post *legem à Titio in §. fi. infra de verbor. obligat.* in qua dicitur, Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit, subiicitur *lex Si ita stipulatus*, in qua

inquit

inquit *Pomponius*, Si ita stipulatus fuero decem aut quindecim dabis? decem debentur.] quasi hoc ex §. præcedenti deducatur, sic est verisimile illas duas leges Pomponij eodem ordine esse scriptas, scilicet *l. stipulatio non valet*, *quæ est l. 17. & l. si ita stipulatus fuero*, *quæ est l. 12.* licet hodie sint diuisim positæ, nam in illa ita inquit. Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione,] & in hac, Si ita stipulatus fuero, decem aut quindecim date spondes? quinque debentur.] nam hæc vltima infertur ex illa, & omnes fere leges, quæ hac ponunt sunt Pomponij, sicut nostra lex. quæ omnia sunt valde notanda.

Vltimo ista lex solet allegari, quod in dubio, quod minus est debetur, sed melius facit ad hoc *l. nummis de legat. 3. & de reg. iur. l. semper in obscuris*, *cum concordantibus*, vide quæ diximus latissime circa interpretationem *l. Titia, in §. Seia de auro & argent. legat.* in lib. 3. istarum interpret. in c. 3. in nu. 2. cum sequent.

SVMMARIVM

ex l. Si pluribus.

1. *Differunt inter se dictio in solidum, & dictiones distributiua.*
2. *Nisi quando verbum in solidum refertur ad executionem.*
3. *Item fallit in reis credendi.*
4. *Exactio solida ab vtroque est contra naturam duorum reorum.*
5. *Intellectus l. 1. C. de fideiussor. minor.*

POmponius, Si pluribus hæredibus institutis ita scriptum sit, hæres meus damnas esto dare aureos quinque, non quilibet hæres, sed omnes videbuntur damnari, vt vna quinque dentur.]

Nota quod indefinita æquipollet vniuersali, vide quæ late diximus in *l. 2. supra de liber. & posthu.* & intellige non distributiue, sed collectiue secundum Bar. vt tex. probat, ideo sola quinque debentur, nisi diceret vt quilibet teneretur. & idem diceremus, si testator dicat Omnis hæres meus, quia Omnis in singulari distributiua est, vt in *l. Moschus in fi. principij cum glos. de iure fisc. infra* secundum *Bar. in l. hoc articulo, supra de hæred. instit.* secundum *Cuman.* quia singulare non potest comprehendere plures, nisi per viam repetitionis, & distributionis, & quod dicimus in vltimis voluntatibus, dicemus & in sententijs, quia eadem in omnibus est verborum significatio, ideo non sufficit vna exactio, sed à quolibet ex condemnatis solida fiet exe-
1 cutio, vt *infra ista l. in §. fin.* aliud est si non per verba distributiua, sed simpliciter, etiam si in solidum fiat condemnatio, quia vnica satisfacit exactione, & tollitur plurium in solidum obligatio, vt in *l. 3. in §. fi. de duobus reis.* singulorum autem appellatio, non efficit plures reos debendi, sed multiplicat quãtitatem, in solidum autem reos debendi efficit, vt in *dict. l. 3. in §. fin. & in l. si ex toto, in §. 1. supra de legat. 1.*

Nota tamen, quod si verbum in solidum respiciat executionem, multiplicat quantitatem, secus quando dispositionem, quia vbi respicit executionem, necessario id fit, vt verba 2
verificentur, nam vt dictum est, executio non fit in solidum, licet promissio sit in solidum, & ita intelligere debes tex. in *l. quid ergo, in §. si quis duos, de legat. 1.* & hanc differentiam vtrum referatur verbum in solidũ ad dispositionem, vel executionem, reperio sensisse *Cuman. infra ista l. in §. si ita circa fin.* qui semper aliquid boni vltra alios affert, item etiam adde quod prædicta vera sunt in reis debendi, secus quoad reos credendi, quia efficit tunc dictio in solidum, vt obligationis quantitas multiplicetur. nam si lego Titio & Sempronio decẽ, cuilibet in solidum debentur vt ad sensum patet, nisi vbi duo 3
simul stipulentur eandem rem expresse. ita intellige *l. 2. infra de duob. reis*, licet *Bar.* & doctores non ita explicent, quia multum inter reos debendi, & stipulandi interest in hac specie.

Item vt diximus maxime interest, vt in decem in solidum condemnentur duo vel soluere in solidum damnari essent, quia dictio in solidum efficit distributionem, quæ executionem respicit, secus si dispositionem, quod probatur in *dict. l. 3. in §. fin.* quia solida obligatio ex natura duorum reorum est, solida vero exactio, ab vtroque contra naturam duorum reorum est, potius est multiplicatio quantitaris, vt in *§. fin. istius legis.* quia solutione vnius alter non liberatur, & hæc quoad sententiam præcedente libello apro cõprehendere vtramque quantitatem, non alias. vide *Bart. hic*, qui vult quod quando duo in solidum tenentur, ita demum contra eos in solidum agi potest, si fiat protestatio, vt vna solutione liberentur debitores, & actor sit vnica solutione contentus, per *l. 1. C. de fideiussorib. tuto.* idem *Bar. in authent. hoc ita in q. 2. partis in nu. 21. C. de duobus reis. Bald.* tamen in *præsenti, & Cuman.* volunt hanc protestationem non requiri, nam si duo vel plures sint correi debendi, hoc ex natura obligationis inest, quod etiam sequitur *Imol.* & est verius. *Angel.* tamen *de Perig.* consulit, vt hæc protestatio non omittatur. *ad dict. l. 1.* respondent, *Bal. & Imol.* quod ibidem habetur ratio non solius petitionis, sed exactionis etiam vt ibid. glo. voluit. tu potes aliter dicere, vt etiam ibidem petitionis ratio habeatur, vt tex. sentit, ideo tamen declaratio requiratur, quia diuersis rationibus tenebantur: licet enim in solidum tenerentur, non tamen vt correi. vnus enim tenetur tamquam principalis, alius tamquam accessorius, ideo requiritur protestatio vel quod expresse actum ad id sit: quia cum sint diuersæ obligationes, videtur ex singulis, non ex omnibus egisse, nisi declarer, sed certe sine declaratione poterit sustineri. vide *l. creditor, in §. duo-*

§. *duobus*, *ff. mandat.* licet ille text. loquatur, quando vterque principaliter tenetur, quod est notandum, item nota text. quod indefinita æquipollet vniuersali, &c. quod, melius quàm alius, vt solet, hic explicat subtilis *Raphael Cuman.* & latè etiam *Alberic.* sed vltra eos aliqua notanda diximus, *in l.2. supr. de liber. & posthum.* vide ibidem ne hic repetantur.

§ Si ita legatum fuerit, Lucius Titius hæres meus Tithaso quinque aureos dare damnas esto. deinde alio loco ita, Publius Mæuius hæres meus Tithaso quinque aureos damnas esto dare, nisi Titius ostenderit adimendi causa à Publio legatum esse relictum, quinos aureos ab vtroque accepit.]

Dubitat *Cuman.* quid si in eadem oratione ita legatum sit, Titius hæres meus Mæuio quinque, Seius hæres eidem quinque det, vtrum debeatur decem? sed mihi dubitabile non videtur, cū hic legetur disiunctim à duobus hæredibus, cùm bis illud quinque repetatur: neque considero hic vnitatem verbi, quæ alias in materia iuris accrescendi consideratur, quia omnimoda hic disiunctio est, & quæ ad oculum demonstratur, etiam in materia iuris accrescendi, vt in *l. huiusmodi, in §. quibus, supra de legat.* 1. nec obstat *de verbor. obligat. l. stipulatio ista, in §. eum qui*, quia illa in contractibus tantum procedit, vt latius in *l. re coniuncti, infra de legat.* 3. dicetur.

Lege, si ita sit scriptum, vide latè *Dec. de regul. iur. in l. fœmina, & Imol. hic.*

S V M M A R I V M

ex §. Si sub conditione.

1 *Dies legati efficit, vt ante diem repudiari non possit.*
2 *Facto tamen potest sibi præiudicare, & ratio differentiæ.*
3 *Traditione secuta transfertur dominium etiam ante diem.*

§. SI sub conditione, vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus: nam neque pertinet ad nos, antequam dies veniet, vel conditio existat.

Nota quod dies certa efficit, vt legatum in diem repudiare non possit, sed secundum glos.
1 & omnes, sed per pactum remitti potest, vt in *l.1. C. de pact.* cuius rationem notanter ponit *Cuman.* hic, quia iuris oblati est repudiatio, pactum verò ad obligandum, & excipiendum
2 ponitur: potest dicere clarius, quod renuntiatio respicit ius, ideò in iure non existente cadere non potest, pactum vero personam, & sic potest cadere super spe sola, quia principaliter personam quæ est respicit, & ita repudiatio quæ respicit rem, tollit ipso iure ius, pactum verò ratione exceptionis, quia rem non respicit principaliter, & ideò si renuntiatio in vim pacti fieret, quod fit præsente parte, valeret indistinctè, secundum *Doctor. Bald. Salicet. & al-*

quos in *dict. l. 1. & Cuman. hic.* & bene, quæ not. quia ratio, quam communiter ponunt Doctor. nihil valet.

Et nota cum gloss. quod dies non impedit cessionem actionis, impedit tamen translationem dominij, vt probatur in *l. Sempronius Attalus, infra de vsufruct. legat.* quod per illam legem notant hic doctores. vide per *Iason. in num. 127. in l. 1. supr. de legat. 1. & Cornel. in l. fin. in §. sed quia nostra, in colum. 1. in fin. C. commun. de legat.* add. ta- 3
men quod si ad traditionem peruentum esset, transferetur dominium ante diem. nam & conditio non impedit eius translationem traditione sequuta, vt probatur in *l. dotis fructus, in §. fin. supra de iure dot.* sed contra nonne in *dict. l. Sempronius Attalus*, ex retentione vsusfructus transfertur possessio? vt *C. de do. in l. quisquis fac. de acquir. poss. in l. naturaliter, in princip.* iunct. text. in *l. quidam sunt, supr. de rei vendic.* Solut. ibidem non videtur constitutus, donec dies veniat, sed iure dominij ab hærede habetur, & ita causalis, non formalis, donec dies veniat, si enim vt formalem ante haberet, transferetur dominium in legatarium. in gloss. fin. ibi & est: sic in verbo Potero, scilicet vt proprie, & impropriè sumatur, & ita hoc quod dicitur in gloss. non refertur ad dictum præcedens, & quod semel verbum positum diuersimode sumatur. probatur ibi gloss. notat. *in l. 2. supr. de offic. proconsul. & legat. & C. de sacrosanct. eccles. in authen. ingressi. gloss. 2. & in l. 1. C. de vsufruct. & in l. sancimus, C. de fideiussor. & in l. 3. C. de solut.* & vide *gloss. verb. legauit, in cap. Raynaldus, extrauag. de testament.* latè per *Andr. Tiraquell. de retract. in 1. part. in §. 1. in gloss. 18. in num. 22. cum sequent. & præcedent.*

S V M M A R I V M

ex l. Si pater filia.

1 *Nuptiæ præteritæ faciunt impletam esse conditionem.*
2 *Conditio impossibilis quando vitiet.*
3 *Tristis conditio & turpis differunt.*

§. SI pater filiæ suæ testamento aureos tot hæredem dare iusserit, vbi ea nupsisset, si filia nupta sit cum testamentum fit, sed absente patre & ignorante, nihilominus legatum debetur, si enim hoc pater non ignorabat, videtur de alijs nuptijs sensisse.

Notat *Bar.* ex hac l. quod dictio Vbi facit cōditionem, idem notat in *l. 1. de condit. & demonst. in 5. col. in num. 20. alias 19.* & dicit quod est aduerbium loci, sed sumitur impropriè hic & facit conditionem vbi tempori incerto apponitur, vt in *l. dies incertus, infra de conditio. & demonstrat. vt hic*, alias non faceret conditionem, sed diem, vt ad sensum pater, vt lego Titio decem, vbi Calendæ Martiæ venerint.

Item nota quod nuptiæ hic præteritæ faciūt 1
impletam esse conditionem, quod *Bal. & Imol.* intelligent si filio pro dignitate sua nupsit, alioquin hæ nuptiæ non efficient conditionē im-

pletam esse.arg.in *l.non tantum,in §.si emancipatus,infra de bonor. possess.contra tabul.* sed hæc opinio vera non est. quod enim ipsi dicunt vt filia tunc legatum non habeat, verum esse poterit, non quod conditio impleta nuptijs non sit: nam hæ præteritæ nuptiæ, eo ignorante contractæ, pro futuris habentur, in quibus futuris hoc non attenderetur,sed possit dici legatum tale non deberi,ex eo quod etiam si purum esset legatum,adhuc non debeatur,si in testatoris offensionem incidit, vt in *l. Lucius in §. Lucius Titius,infra eodem.* quia legatū daturus nō esset, sed cum hæc offensa non tam testatoris odium respexerit, non putatem remouendam legato, nisi ex hoc sciens testator inimicitiæ loco,vel iniuriæ apposuerit, tunc enim ex text.in *l.3. de adimend. legat.in §.fin.* legatum defecisse diceretur,quod est singulare.

Item oppo.quod contractis nuptijs tempore testamenti,testatore ignorante in specie rex. nostri legatum inutile sit,quia conditio hæc de contrahendis nuptijs impossibilis sit,vt *in l.eum qui duas,C.ad l. Iul. de adult.*&testator eam possibilem existimabat, ergo vitiabitur legatū, vt in *l.seruo manumisso, supra de condictio. indebi.* secundum commun. intellectum solut. conditio impossibilis dupliciter in proposito sumi potest,primo modo ratione defectus,secundo ratione præcedentis implementi.finge centum Titiæ legasse,si nupserit Caio,contraxerat cum alio pura fratre Caij ante matrimonium, impossibilis est ignorante testatore, qui eam putauit esse possibilem, quia defecta est ante testamentum, & in hac posset vera esse opinio communis in *dicta l. seruo manumisso.* secundo vero casu quando efficitur impossibilis per præuentionem non vitiat vt hic, sed habetur pro impleta, & ita male doctores intelligunt communiter tex. in *dict.l.seruo manumisso,* quæ loquitur in conditione impossibili, non ratione defectus,sed propter præuentionem implementi quod iterabile non sit, de illa l.alibi latius in libro 2.harum interpret. in c.1. nam illam l.21. ætatis meæ anno repetij in examen licentiatus de more proludens, cuius verum, & nouum intellectum ibi videre potes. & vide de hac l.tex.in *l.si iam facta,& in l.solemus cum sequent.infra de condi.& demonstrationib.*

Et adde quod *Cuma.hic* oppo.fortiter, si pater sciebat nuptias contraxisse,ergo de alijs intelligetur, sed hæc conditio euentum tristem continet,ergo expectanda non est. argument.
3 text.in *l.reprehendenda,C. de institution.& substitutio.* tu dic, aliud est turpitudo, & de illa loquitur text. in *dicta l.reprehendenda*, quædam vero tristis euentus,& hic attendi non debet, nisi vbi in conditione ponitur, non autem in dispositione etiam conditionali, vt *in l. interstipulan §.sacram, infra de verbor.oblig.* sicut id quod dependet ex voluntare principis, potest poni in conditione, vt *l. quidam re lega. de reb. dub. l. in tempus, de hered. institut.* licet non in dispositione, vt in *l. idem Iulia. in §. fin. de legat.* 2 item obstat, quia videtur dari votum captandæ mortis, contra text. *in l. final.* Solut. ibi datur votum captandæ, & optandæ mortis disponentis à quo venit commodum, quod in tertio non attenditur. vt *instinut. de inutil. stip. in §. item post mortem.* vt in *l.3. in §. si quid inmori. de minorib.& in lege 3. de don. caus. mor.* potest dicere etiam in vidua, quæ facta sit vidua ignorante testatore, vt si testator certus fuit matrimonij primi, de alio intellexisse videatur, alioqui ex primo impleta est conditio, vt in *l. si quis heredem, C. de institut. & substitutio.*

SVMMARIVM

ex l. Si ita scripsisset.

1 *Declaratio huius legis.*
2. *An debitum in diem sit debitum simpliciter.*
3. *Quid si dicatur omne debitum & noua inductio huius legis.*

PRoculus, *Si ita scripsisset qui legabat, quidquid mihi Lucium Titium dare facere oportet, Sempronio lego,neque adiecisset præsens in diemue,non dubitarem, quantum ad verborum significationem attineret, quin ea pecunia comprehensa nō esset, cuius dies moriente eo qui testamentum fecisset, nondum venisset,adijciendo autem hæc verba, præsens in diemue, aperte mihi videtur ostendisse,eam se pecuniam legare voluisse.*]

Istum textum intelligit *Bald.*quando essent 1 aliqua debita de præsenti, alioquin venient debita in diem, vel sub conditione, cum in alijs verificari non possit tale legatum. argu. *in l.fundus qui locatus, infra de fund. instruct.* quod *Paul.*sequitur, & tenuit *Bart. in l.cum stipulamur. infra de verbor. oblig.* licet *Cuman.* in contrariam sententiam eum citet, quod intellige nisi testator ignoraret putans de præsenti aliquid sibi deberi, ex his quæ diximus in *l. 2. supra de liber. & posthum.* dic vt ibidem, item oppo. quod legatum comprehendat saltem debitum in diem certum, quia cessit dies,vt notatur *in l. præcedent. in §. penult.* & facit *l.creditoris, infra de verbor. significat.* Solut. hic non dixit testator, quod mihi debetur, tunc enim debitum in diem comprehenderetur, secundum *Rapha.* 2 *Cuma.* & bene, licet *Bar. hic* contrarium velit, vel dic quod non est debitum simpliciter, sed secundum quid,vt notat *glo. de verbor. signifi. in l.debitor,* alia vide per *Bar.hic,* & adde quod hic 3 tex.non procederet si diceret omne debitū, ex his quæ *Bal.C.de Episc.& cleric.& in l.omnia priuilegia.*sed errat quia hic dicitur Quicquid, quod idē importat,nec verbum omne,quod ipse ponit,potest plus operari,& ita Bal. reprobat *Soc. in l.1.de leg.1.* licet non per istum text. & ita est tex.hic ad ea quæ diximus in *d.l.2.*quod in vniuersali

uersali dispositione cadit quæstio, an verba futura comprehendant, & ita interpretari debet text. in *l. si seruitus imposita, supra, de seruitut. vrban. prædior.*

SVMMARIVM

Ex l. Sempronius.

1 *Protocollum an faciat fidem.*
2 *Quæ scriptura præualeat si differant in summis.*

IDem Proculus, Sempronius Proculo nepoti suo salutem. Binæ tabulæ testamenti eodem tempore exemplarij causa scriptæ, vt vulgo fieri solet, eiusdem patrisfamilias proferuntur, in alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio: quæro vtrum & quinquaginta aureos, an centum dumtaxat habiturus sit. Proculus respondit, in hoc casu magis hæredi parendum est, ideoque vtrumque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei.

Circa istum textum ponit Batt. quod exemplar dicitur scriptura originalis. & bene dicit,
1 sed an faciat fidem? in quo dic, quod quædam est scriptura originalis, quæ parti scribitur, non vt tabellio obseruet, in qua totum scribitur per extensum, vt in testamento, & in hac dubium non est, quod faciat fidem, & omnibus alijs præfertur, & ita intellige textum istum, & quæ *Bart. hic.* alia est scriptura originalis, quem sibi facit Tabellio, vt ipse habeat, & inde instrumenta sumat, & impleat partibus, & hæc protocollum dicitur, quæ fidem non facit, vt latiùs diximus *supr. de liber. & posthum. in l. Gallus, in §. idem credendum.* vide ibidem.

Et nota quod hic præualet minor quantitas, sed oppo. quod immo scripturæ tam quam contrariæ sibi inuicem derogent. *C. de fide instr. in l. scripturæ.* Solut. secundum Batt. hic à diuersis proferūtur, tū dic melius cum Cumā. quod immo idem fit, si ab eodem proferantur, quia in
2 minori quantitate concordant, *de verbor. oblig. in l. 1. in §. si stipulanti, & in l. diem proferre in §. si plures, supr. de arbitr.* quod etiam velle videtur Paul. & ratio istius text. est, quod præualeat minor, quia in pari probatione melior cōditio est hæredis, vt in *l. qui accusare. C. de eden.* nisi fauor causæ præualeret, vt in *l. si pars iudicantiū, sup. de inoffic. testam. & in l. inter pares de re iudic. & in cap. fin. eod. titul.* Sed id est vt valeat, non vt crescat, quia semper de minori interpretandum est, vt *inf. de aur. & arg. legat. in §. Seia in l. Titia.* secundum verum intellectum, quicquid *Bart. ibidem.* quia qui ex testamento aliquid obtinere vult, ostendere debet testatoris voluntatem, nec aliud erit si possideret, quia petenti hæredi excipiens de voluntate probare eam debet aperte, vt in *l. 1. infr. de except.* hæredis enim intentio clara est, nisi suam exceptionem clarè ostendat reus, & intellige istam l. quando in vno legato differt, in quantitate tantum, quia præsumitur error, si vero in personis esset distinctio, & diuersitas, vtrumque valeret, vt admitterentur, vt *infr. de bonor. poss. secundum tabul. in l. 1. in §. sed si in duobus.* quem gloss. allegat secundum Cuman. hic & bene.

SVMMARIVM

ex l. Licinius.

1 *Legati conditionalis dominium non transit, ideo partus non debetur.*
2 *Idem in legato alternatiuo.*
3 *Hic text. non loquitur in legato alternatiuo.*
4 *Partus vel dotalis ad quem pertineat.*

LIcinius Lucusta Proculo suo salutem. Cum faciat conditionem in relegand a dote, vt si mallet vxor mancipia, quæ in dotem dederit quam pecuniam numeratam recipere, et ea mancipia vxor malit, numquid etiam ea mancipia quæ postea ex his mancipijs nata sunt, vxori debeannit, quæro. Proculus Lucustæ suo salutem. Si vxor malet mācipia, quam dotem accipere, ipsa mancipia quæ æstimata in dotem dedit, non etiam partus mancipiorum ei debebuntur.

Not. quod partus ancillæ non debetur, qui editus fuit antequam ancilla esset legatarij. ratio est secundum gloss. quia legatum conditionale est, vt in *l. si ita legatum, in §. illi si volet. sup. de legat.* 1. sed ego puto, quod id quod in textu dicitur de conditione, non eo pertineat, vt conditio hæc iudicetur, vt legatum conditionale, & non transmissibile efficiatur, quia tacitè si malit inest in omni alternatiuo legato, & tamen transmittitur, vt in *l. illud aut illud. infr. de option. legat.* & facit text. in *l. cum illud, quan. di. legat. ced.* arguendo ab speciali, & ita dict. *l. si ita legatum*, male per gloss. adducitur, ideo autem hic partus legatarij non est, non quod conditio insit, sed quia legatum alternatiuum est; in quo 2 licet ambæ res sint in obligatione, non tamen sunt in dominio legatarij, antequā eligat, vt in *l. apud Aufidium, infr. de option. leg.* item legati in diem fructus non debetur, vt in *l. fin. quando dies vsusf. legat.* cum gloss. quia nec in mora est, nec translatum est dominium, vt diximus *supr. eod. in l. si ita scriptum, in §. sub conditione. per text. infr. de vsufruct. legat. in l. Sempronius Attalus*, & ita expone textum ibi postea, scilicet quando legata sunt, non quando elegit, ibi faciat conditionem scilicet, dando electionem, sed potest tenere cum gloss. quod hic æstimatio non in dispositione, sed in conditione ponitur, & ita text. non loquitur in legato alternatiuo, quia altera pars iure suo sine legato competebat mulieri, quia hoc legatum ratione dotis, fieri 3 videtur, sed in dotis restitutione partus ancillarum venit, vt in *l. 1. C. solut. matrim.* Solut. verum est nisi æstimatæ ancillæ dentur, vt in ll. allegatis, in gloss. hic & ibi. Sed quare partus ancillarum non sunt mariti irreuocabiliter, cum fructus dotis ipse lucretur, vt in *l. pro oneribus, C. de iure dot.* respond. quod homo non

est in fructu, vt in *l. in pecudum fructum, supra de*
vsuris. oppo. gloss. & Bart. quod immo crescat
legatum ex vsuris, & fructibus collectis, etiam
antequam cedat dies legati, vt in *l. fin. infra de*
pecul. legat. Solut. vt per Bartol. item opponitur,
quod vbi legantur mancipia, partus earum de-
beantur, vt in *l. cum pater, in §. pater filiæ, infra isto*
titul. Bart. ibidem soluit, tu dic clarius quod ibi-
dem partus erat ipsius filiæ, cum dos filiæ sit, &
in ea valet donatio inter patrem & filiam, vt in
l. Pomponius Philadelphus supra famil. herciscund.
ideo pater ei legans videtur actionem de dote
quæ ei erat communis legare, vt in *l. 2. in §. quod*
si in patris, supra solut. matrimon. & sic facilius o-
peratur legatum conseruationem dominij,
quam vt de nouo concedat; at hic maritus so-
lam electionem mulieri tribuere videtur, non
addere doti legando: denique hic partus do-
tales non sunt, sed mariti, ideo in legato non
comprehenduntur, ibidem dotales sunt, vt
patet ex supradictis, vt in *l. 1. C. solut. matrimon.*

Ex his potest colligere distinctionem vtrum
partus ancillarum dotalium pertineant ad ma-
ritum, vel vxorem, aut dantur in dote inæsti-
matæ ancillæ, vel tali æstimatione, quæ non fa-
ciat emptionem, si extent, pertinet partus ad
4 vxorem, vt in *l. 1. C. solut. matri.* aut æstimatione,
quæ facit emptionem, & pertinet ad maritum
vt hic, quod verum est etiam si vxori detur
optio, vel ancillas, vel æstimationem accipere,
si ante optionem pariant vt hic, quia non est
acquisitum earum dominium ante optionem,
& idem eadem ratione erit in legato alterna-
tiuo. ratio autem quare legati alternatiui non
quæratur dominium, est quia non est ambula-
torium, vt ostendimus supra isto tit.

SVMMARIVM

ex l. Mortuo boue.

1. Homo mortuus vel pictus non est homo simpliciter.

P*aulus*, Mortuo boue qui legatus est, neque
corium, neque caro debetur.] vide Bartol.
hic qui bene loquitur, & in *l. Stichus certo die, in-*
fra de verbor. obligat. & adde quod gloss. intelli-
git istum textum in legato conditionali, vel in
boue alieno legato, alias enim cum bos effe-
ctus esset legatarij, & quod superesset ex eo
eius esset, vt in *l. seruum, in §. boue, supra de condit.*
furt. & in alijs legibus allegatis à Bart. sed po-
test dicere, & erit minor diuinatio, vt text. lo-
quatur de boue mortuo in vita testatoris, cu-
ius non potuit esse translatum dominium, &
ita bouis appellatione non venit bos mortuus,
quia simpliciter non est bos: sic falsus denarius
1 non est denarius simpliciter, neque homo pi-
ctus, vt in *l. Paulus respondit, infra de verbor. signific.*
& in l. 2. vbi nota. *C. de heret. & Manich.* & hoc
maximè in boue aratorio, cuius vtilitas maxi-
me in vsu consistit, quam in consumptione,
sed & indistinctè admitti hoc debet, & ideo
qui debet par caponum vel gallinarum viuum
dare, tenetur ex supradictis. vide text. in *l. quid*
ergo, in §. 1. sup. tit. proxim. Bart. in l. 1. in §. plane, si
quadrupes pauper fecisse dicat, & in §. & cum etiam, in
ead. l. sed quæstio facti esse potest, vt consuetu-
do, tempus & alia considerentur. vide quæ *Bar.*
in l. meminisse, in num. 6. de offic. procons. & legat. &
in l. cum quid, in num. 5. si cert. petat. & Rip. in l. quod
te in fin. & vide quæ ponit *Barr. in l. patronus, in §.*
2. & in 2. col. in fin. de legat. 3.

SVMMARIVM

ex l. Si Titio.

1 *Quid sit Tessera.*
2 *Verum transeat ad hæredem, & num. 3. & 4.*
5 *Si assignetur non transit ad hæredem, & de intellect. l. Caius Seius*
6 *Intellectus l. sed & si susceperit, in §. si libertus, sup. de iud.*

§. SI Titio frumentaria tessera legata sit, &
is decesserit, quidam putant extingui le-
gatum, sed hoc non est verum. nam cui tessera
vel militia legatur, æstimatio videtur legata.]

Dic secundū *Budæum in l. sed & si susceperit, sup.* 1
de iud. quod tessera dicitur signum vel symbo-
lum, quo ostenso aliquid datur vel concedi-
tur. si sit frumentum, erit tessera frumentaria;
si fidei publicæ, erit saluus conductus (vt vo-
cant) quod tesseram vtilitatis publicæ *Zasius*
appellat in *l. 2. de orig. iur. in l. 2. in §. deinde, 2. in*
verb. tessera, sed in hoc sensu securitatem accipi
contra Accurs. negat *Budæus in l. 1. inf. ad leg. Iul.*
maiest. vt securitate potius quies significetur. vi-
de text. in *l. 1. supr. de seruis exportand. & in l. 1. §.*
parui, de his qui deiec. vel effund. ex quibus apparet
quod latius hoc verbum securitas patet, & ibi
est text. contra Bud. & vide text. in *l. diuus, supr.*
de offic. præf. l. si quis rerum, in §. idem Iulianus, infra
de liber. legat. De tessera autem & *Virgilius* loqui-
tur in *lib. 7.* dum inquit:

Classica iamq. sonant, it bello tessera signum.

Sic & tessera hospitalitatis dicitur & dici po-
test, quam Mæraiæ dant hospitibus, vt sibi
hospitium concedatur, & nomen quod militi-
bus datur, licet proprius ad rem, quam ad ver-
ba tessera referatur: denique tessera hic est si-
gnum quo frumentum petenti datur, & hoc
erat quidam census personalis, ideo dubitatur
vtrum ad hæredem ius hoc transmittatur, si
tessera frumentaria legetur, respondetur quod 2
sic: quia eius pretium legatum videtur, ideo si
fiat legatum, vt Titio annuus redditus pro vita
sua ematur, debetur ei æstimatio. vt *hic. & in l.*
Titia Seio in princip. infra eod. ideo si moriatur ad
hæredem transmittit pecuniam, text. singularis
hic, quod sensit *Rapha. Cuman.* & ideo quod gl.
hic Albéric. post Dyn. Imol. & Paul. de Cast. de inca-
pacitate legali commemorantur, ridiculum est,
& diuinationem continet, ratio autem huius
text. colligitur ex *lege elegante, Titio centum, in*
princip. infra de condition. & demonstrat. quia po-
test

test ex pretio si velit non emete tesseram, sed, vel pecuniam retinere, vel aliter de ea disponere, vtrum tamen est quod cum onus emendi non legatario, sed hæredi hic adiiciatur, poterit hæres si velit tesseram dare, si forte eius interest, vel eam babens, vel minoris repetiēs, vt in *l non dubium, in §. fin. infra de legat. 3.* vbi hoc vult gloss. in specie huius legis, si tamen legatarius ille minori pretio contentetur, forte obtinebit, vt sibi pecunia detur, vt hic & facit *dict. l. Titio centum*, & ita iste text. loquitur de tessera, vel de militia, quæ ad hæredes non transit, licet sint aliæ militiæ, quæ solent ad hæredes transire. vt in *l. fin. C. de pigner.* & vide gloss. *in l. Lucius, supr. eod.*

3 Sed opponitur, quod cum hæc tessera, vel militia legata sit aliqnid annuum ad vitam legatarij, non debeatur æstimatio, & morte extinguatur, vt videmus in *toto tit. infra de annu. legat.* & specialiter ponitur hæc regula in *l. si in singulos, eod. tit.* quare igitur, vel ibi non debetur æstimatio, vel hic debetur. Solut. aliud est legare aliquid annuum soluendum ab hærede, & hoc non transit ad hætedes, neque debetur æstimatio, aliud est quod sit emendū aliquid ab hærede, quod annuos teddat fructus, etiā ad vitā, quia tunc debetur ęstimatio vt hic.

4 Sed opponitur, quod falsa sit hæc distinctio, vt videtur expressum in *l. Caius Seius in illo titul. de annu. legat.* vbi etiam si illud annuum sit ex aliquo prædio exigendum, non transit ad bætedes, ergo idem erit si militia, vel tessera assignetur. Solut. aliud est quod tessera assignetur, vel legetur, & fiat assignatio, vel per hæredem, vel testatorem reipsa, quia vt diximus non transiret ad bæredem: aliud est quod iubeatur hæres eam emere, quia ante emptionem pretij legatum censetur, item in *dict. l. Caius Seius* iute transmissibile, scilicet in prædio fuerunt annui fructus constituti, & ideo quasi vsusfructus, vel eius portionis fuit legatum, ideo non est dubium quod ad hæredes non transeat, neque debeatut æstimatio, quia vt dixi non res quæ debeat emi fuit legata, sed fructus rei, quæ erat in patrimonio testatoris, dixi quasi vsusfructus, ptopter similitudinem, quia non est vsusfructus, neque seruitus. vt text. dicit.

5 Sed oppo. quod legata militia non ptetium, sed ipsa militia debeatur. vt in *l. sed si susceperit, in §. si libertis, supr. de iudic.* nam legatam militiam Romæ deberi text. vult, quia ibi militiæ sunt, quæ ratio si in pretio legatum consisteret, nihil efficeret, præterea si militia emi debet, ergo non ttansmittitur legatum, qnia si ipsa militia non transmittitur, neque ius ad eam transmittetut, quia propter vnumquodque est tale, & illud magis, vt in *authenic. multo magis, C. de sacrosanct. eccles. & in l. cum patr, cum l. praecedenti, infra ad l. Pomp. de paric. & in l. Iulia. iuncta gloss. in verbo viri, supra de test.* item si res ipsa non ttansmittitur, ergo neque spes ad ipsam.

facit text. in *l. aliquando, in §. final. supra ad senat. consult. Velleia.* optimus textus in *l. Sempronius Attalus in versic. sed his casibus, infra de vsufruct. legat.* ibi: Neque plus trāsmittet ad successorem suum, qui nondum habere cœpit vsumfructum, quam si iam habere cœpisset.] quomodo ergo qui non transmitteret tesseram, vel militiam iam emptam emendæ legatum transmittet? Solut. si sola militia deberetur, & non æstimatio, procederet oppositio, sed æstimatio potius debetur vt diximus, neque contrarium probat *dict. l. sed etsi susceperit, in §. si libertis*, qui non dicit ibi tesseram deberi, non pretium, sed deberi Romæ, quia licet æstimatio debeatur, videtur tamen ibi legari, vbi res cuius æstimatio debetur solum reperitur, & ita sumitur hæc coniunctura, vt ibi æstimatio rei soluatur, vbi res ipsa si solueretur esset soluenda: immo si subtiliter ille text. inspiciatur, potius probat æstimationem deberi, quia si tessera ipsa deberetur, quæ esset dubitatio, vel decisio, vt res immobilis soluatur eo loco vbi reperitur, quasi alibi solui posset. nam immobilium rerum naturam hæ tesseræ sortiuntur, vt in *Clemen. exiui, in §. cumque annui census, de verbor. significat. & in l. iubemus nulli, in princip. C. de sacrosanct. eccles. & in l. sciendum, in §. 1. qui satisdar. cogant, in versic. cum vero.* not. *Bald. in proœm. feud. in versic. tractus, in column. 5. in numer. 20. & Curt. in tractat. de feud. in 1. part. quæst. 65. in versic. circa quartum. Bald. in c. 1. de feud. cognitio.* latissimè *Tiraquell. in tractat. de retract. in 1. part. in §. 1. in gloss. 8. per totum. & in gloss. 7.* ideo vt quæstio illius textus cadere possit, intelligendus est loqui de ptetio militiæ, sicut & hic noster text. & ita soluitur hæc difficultas, & ita habes ex supradictis text. hic singularem, quod si legetur aliquid annuum, non transit ad hæredes, tamen si legetur vt ematur aliquid annuum, ante emptionem transit ad hæredem, quia debetur æstimatio, quod est valde notandum, quia sępè contingere potest, & ita summarium Batt. ad istum textum est falsum apertè, quia dicit quod æstimatio sicut res ipsa transmittitur, quod falsum est, quia hic res ipsa non trāsmitteretur, ideo sume sic istum textum; ęstimatio rei non transmissibilis transmittitur, licet Imol. & alij Bartolum male sequantur.

SVMMARIVM

ex §. Labeo.

1 *Si legentur vestes prohibita portari, an debeatur æstimatio.*

§. LAbeo refert agrum, cuius commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse. quod merito Priscus Fulcinius falsum esse aiebat, sed Proculus ait: si quis hæredē suum eum fundum, cuius commerciū is hæres nō habeat, dare iusserat, ei, qui eius cōmercium habeat, putat hæredem obligatū esse: quod ve-

rius est, vel in ipsam rem, si hæc in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in eius æstimationem.]

Intellige istum textum in principio, quando legatarius est incapax propter suum delictum, alioquin debetur rei æstimatio, vt in *l. sed si res, supra de legat.* 1. & ideo dicunt doctores, quod si legetur forensi prædium, quod prohibeatur habere propter statutum, pretium prædij debetur contra *Bartol.* ibi, qui legit eam *l. in l. idem Iulianus, in* §. *constat.* item dicunt quod si mihi legentur vestes prohibitæ portari, quod debeatur earum æstimatio, quod ibi late refert *Iason.* quæ opinio vera non est, quia si eas vestes leget testator, quas ipse habebat portari prohibitas, non est æquum vt remaneant apud hæredem, qui etiam eis vti non potest, & ipse debeat æstimationem soluere. nam prædicta locum haberent, vbi hæres est magis capax quam legatarius. item non sequitur, non possunt hæ vestes portari, ergo non debentur, quia possunt esse in dominio nostro, licet vsus ex aliqua causa sit prohibitus. nam & prohibitus portare arma, non prohibetur ea domi habere: denique in specie proposita non est prohibitum earum rerum habere dominiũ, ideo non est similis hæc species. nam & vendere alij poterit, aut vestes ipsas in aliã formam concinnare: sed videtur quod solum capacitas vsus attendatur, vt in *l. filiusfamilias, in* §. *si quid alicui supr. de legat.* 1. Solut. ibi incapacitas vsus efficit incapacem etiam tituli, vt si claudo militia cursoris legetur, vel muto oratoris, vel præconis, vt in *l. 1. an surd. vel mut. vel alias imperfectus, in vsib. feud.* vide exempla per gloss. *in dict.* §. *si quid.*

SVMMARIVM

ex §. *Si testator.*

1 *Inductio istius text. contra commun opin.*

§. SI testator dariquid iussisset, aut opus fieri, aut munus dari, pro portione sua eos præstare, quibus pars hæreditatis adcresceret: æque atque cætera legata placet.]

Nota quod valet legatum, in quo testator iubet opus fieri, etiam non adiecta quantitate, quæ in id expendi debeat, & ita est tex. expressus hic contra opinionem Bar. & communem doctorum, *in l. quidam in testamento, supr. eod.* vbi dixi, & add. quod hic iussit testator fieri opus, scilicet loco assignato, in quo fieri deberet, vt in *l. 2. in* §. *final. supra de eo quod cert. loc.* & adde, quod id quod textus noster dicit, quod hæres tenetur pro parte sua, & pro ea quæ sibi accrescit, intelligi debet in effectu. nam ab initio quilibet in solidum ad opus tenetur, quia factum indiuiduum est. vt in *l. fideicommissa. in* §. *si in opere, infra de legat.* 3. sed repetit à cohærede vel imputat, vt text. ibidem dicit, & ita in effectu solum pro parte suæ portionis soluit.

SVMMARIVM

Ex l. Vt hæredibus.

1 *In legatis potest fieri substitutio vulgaris, & fideicommissaria.*
2 *An ex ea transferatur dominium.*
3 *Quid in donatione causa mortis.*

MArcellus, Vt hæredibus substitui potest, ita etiam legatarijs, videamus an idem fieri possit, & cum mortis causa donabitur, vt id promittat ille alteri, si ipse capere non poterit, quod magis est, quia in posterioris quoque persona confertur.]

Nota quod substitutio potest fieri in lega- 1
tis, & intellige de substitutione, tam vulgari
quam fideicommissaria, & idem in donatione
causa mortis. vide bene *Bart.* hic, qui hoc ex-
plicat, & dic quod vulgaris erit directa respe-
ctu substitutionis, licet legatum ipsum primũ
non possit dici directum, cùm personam obli-
gatum requirat, vt in *l. si nemo, infr. de regul. iur.*
dicimus autem esse substitutionem directam,
quia non est dupliciter obliqua, vt est fidei-
commissaria facta legatario, in qua est duplex
obliquatio, altera quoad legatarium, altera
quoad legatarij fideicommissarium: in vulgari
autem, sola est vnica obliquatio de hærede ad
legatarium, vel eius vulgarem substitutionem,
vt patet. Item est alia differentia, quod tempo-
re isto digestorum in fideicommissarium lega-
tarij non transfertur dominium, sed legatarius 2
qui est media persona restituere tenetur, vt in
l. imperator, infra isto titul. secus si sit substitutio
vulgaris facta legatario, quia vel nolit, vel non
possit habere legatum, quia tunc in substitutũ
vulgarem transferetur dominium, sicut fit in
quolibet legato conditionali adueniente con-
ditione, vt in *l. à Titio, infr. de furtis, & in l. proinde
iuncta gloss. supra si cert. pet.* licet hodie etiam in
fideicommissarium legatarij dominium trans-
eat, vt in *l. fin. in* §. *& hæc omnia, C. commun. de le-
gat.* in his speciebus, quibus in primum legata-
rium solet transire dominium, quod non est
in re aliena hæredis legatarij, vel tertij, vel in
generico, vel alternatiuo legato, vt per *Bart. &
alios in l. 1. de legat.* 1.

Et quod diximus de donatione causa mortis, quod in ea fiat substitutio, vt hic, dic quod hodie non requiritur stipulatio, quia cũ principalis donatio hodie fieri possit sine stipulatione, poterit & substitutio, quæ ei accedit. vide gloss. hic. & in *l. cum pater, in* §. *Meuio, infra eod. & in l. 2. C. de iure dot. & in l. 1. de donat. caus. mort. C. de deci. in l. Seium, in num. 47. C. qui testam. facere possu. & Tiraquell. in l. si vnquam, in verb. donatione largitus, num. 200. C. de reuocand. donat. & post leges connubia. in gloss. 3. in num. 75.* in ea autem specie, in qua in donatione causa mortis fit substitutio, per viã fideicõmissi, quin transeat dominium, ipso iure in fideicõmissarium, nõ est dubium,

5 bium, ſicut diximus de legatarij ſubſtituto, vt eſt expreſſum *in dicto* §. *qua omnia*, ſed quando fit per viam donationis cauſa mortis ſubſtitutio, dubium videtur, ſed idem dicendum eſt, cum per *l. quoties, de donationib. qua ſub modo*, & in donatione inter viuos dominium in fideicommiſſarium tranſeat, adeo, vt ei vendicatio competat per *dictam l. quoties*, quod eſt notandum, & vide tex. in *l. 2. ſupra de publicia. in rem action.*

S V M M A R I V M

ex l. Si Titius.

1. *Si ſoluatur debitum legatum, vtrum deficiat legatum.*
2. *Voluntas teſtatoris in hoc maxime conſideranda.*
3. *Legatum factum de re alternatiue debita eſt conditionale.*
4. *In iſto tex. maxime intereſt cuius eſſet electio.*

SI Titius mihi Stichum, aut decem debeat, & legauero tibi Stichum, quem mihi debet, placet extingui legatum decem ſolutis, & ex diuerſo, ſi alij decem, alij Stichus legatus fuerit, ex euentu ſolutionis legatum valet.]

Oppono, quod legatum efficitur inutile, ſi teſtator debitum quod legauit receperit, vt in *l. fideicommiſſa. in* §. *ſi rem infra de legat. 3.* & ita idem ſit Sticho ſoluto. Sol. ſecundum glo. duobus modis poteſt huic difficultati ſatisfieri, v-
1 no modo vt tex. ille intelligatur, vt ibidē probatur, quando teſtator debitum exigit, tex. vero hic quando ei eſt oblatum, & cum iſta ſolut. tranſit Bat. & eam ſequitur *Paul.* & eſt de mente *Angel. de Perigl. poſt Alberic.* ſed *Imola* reprobat iſtam ſolutionem, quia videtur eſſe contra *dictum* § *ſi rem*, vbi tex. dicit, Maxime quia non ipſe exegerat. ſed debitor vltra pecuniam obtulerat, quam offerente ipſo non potuit non accipere.] Sed non placet dictum Imol. quia in ea ſpecie teſtator pecuniam in depoſito habuit poſtquam eam recuperauit, nihil intereſt ipſe exegerit, vel oblatam receperit, quia vbi exigit, ademptio inducitur, ſecus vero quando ſponte oblatum recepit, quia tunc non ita euidens eſt adimendi voluntas, cum magis tunc patiatur, quam agat teſtator, *Bart.* tamen ibidē vult, ſemper inutile effici legatum debito ſublato per ſolutionem. Sed adhuc puto admittendam eſſe prædictam diſtinctionem, licet etiam in vtraque ſpecie videatur deficere ſubſtantia legati, cum iam non debitum ſit, quod vt debitum eſt legatum, tamen voluntas teſtatoris poteſt efficere vt legatum non ſit inutile, quæ videtur colligi, vbicumque non cōtingit factum teſtatoris, ex quo mutatio voluntatis colligatur, & licet pereat debitum, non tamen deficit res, quæ ſub debito comprehenſa fuit, cum peruenerit in teſtatoris poteſtatem: neque obſtat quod tex. *in dicto* §. *ſi rem* oſtendere velit, non idem eſſe ſi res alienetur vel debitum exigatur, dū dicit: Niſi forte inter hęc intereſt, hic enim extinguitur ipſa ſubſtantia debiti, ibi res durat, tamen ſi alienata ſit.] nam iſtam rationem non videtur tex. admittere, cum potius factum teſtatoris & voluntas, quæ ex illo colligi poſſet, ſit attendenda, vt in verſiculo cum tamen, quia etiamſi ſubſtantia legati deficere videatur, tamen voluntas conſeruare legatum poteſt, quæ colligitur, vel ſi in depoſito pecuniam habuerit exactam. vel ſi non exacta ſit, ſed oblata, quorum alterum ſufficere videtur, maxime ſi à depoſito incipias, ſed & indiſtincte idem puto ex ratione tex. in principio poſita, quia id quod de ſubſtantia obijcitur, ſoluitur in *verſi. cum tamen*, quod nota, quia non ita explicant doctores, quinimo ipſi ſequi videntur ſequentem glo. ſolutionem hac reiecta, & idem videtur velle Cuman. ſcilicet quod hic non eſt legatum debitum, ſed res ipſa debita, quæ ſolutio ad iſtum tex. veriſſima eſt, ſed præcedens eſt neceſſaria ad l. contrariæ intellectū. Ex quibus diſtinguendum eſt ſi quæratur, ſi teſtatoris ſoluatur à debitore res debita, vtrum legatum extinguatur de ea, vel de debito factum, dic aut ſponte & vltro à debitore eſt ſolutum, aut ab inuito exactum; in priori ſpecie aut eſt legatum debitum, aut res debita ſimpliciter aut alternatiue erat debita; ſi ſimpliciter, ſine diſtinctione non extinguitur legatum, quando vltro non petente teſtatore eſt res ſoluta, vt in contrario, aut alternatiue debebatur, & tunc ſi legetur debitum, & idem eſt, aut res debita, & tunc aut electio eſt teſtatoris aut debitoris, ſi vero exigitur à teſtatore & extinguitur legatū, niſi de teſtatoris voluntate aliud appareat, vt ſi rem in depoſito habuit, vt *in dicto* §. vel ſi eſt alia ſimilis coniectura, quæ poteſt colligi ex tex. in *l. filia ſua, in* §. *Titia vxor, infra de conditionib. & demonſtrationib.* iuncto argumen. *dicti* §. *ſi rem in princip.*

Sed opponitur quod indiſtincte valeat le- 2
gatum in principio iſtius legis, cum ſciens rem alienam leget teſtator, vt in *l. cum alienam, C. de legat.* Sol. hic erat res ſibi debita, ideo ratione illius iuris quod habet videtur legare, vt in *l. vxor patrui, C. eodem tit.* ideo nihil efficit ſcientia, vel ignorantia, ſed illo iure deficiente deficit legatum, vide quæ dicam *infra eodem*, *in l. vnum ex familia, in* §. *ſed ſi vno.*

Et nota ſingulariter, quod iſtud legatum eſt 3
conditionale, quia ex euentu apparet, vtrum valeat, vel non: nam licet legatum alternatiuū, vel obligatio non videatur habere conditionē cum tranſmittatur, vt *ſupra iſto tit.* late deduximus, tamen obligatio vel legatum, quæ vnam partem reſpicit, alternatiue continet conditionē. nam ſi mihi debes Stichum, aut Pamphilum quem ex his volueris, ſi legem Sempronio Stichum, conditionem habet, ſi tu illum ſolueres elegeris. argu. *in l. ſi marito cum legib. ſequentib. ſupra de fund. dotal.* quod non obſcure ſentit hic tex. cum legatum ex euentu ſolutionis valere dicat, quod efficit vt ſubſtantia legati ſit in ſuſ-

penso, quod proprium est conditionis. facit tex. in *l. si sic, in §. fin. supra de lega.* 1. hic allegat. ibi, Erit in arbitrio debitoris an sit legatarius.]

4 Sed oppono quod hic in vtriusque persona debeatur legatum in secundo responso, vt alteri actio cedatur, alteri vero detur æstimatio, vt *in dicta l. si sic, in §. fi. cum legibus sequentib.* Sol. ibi electio erat testatoris, hic vero erat debitoris, ideo hic attenditur quam rem soluat, & vt dixi est legatum conditionale, ibi vero est purum, & sunt duo legata distincta: hic vero licet sint duo legata dispositione, effectu tamen vnicum est, & ratio illius tex. quia quando testator habet electionem, & legat vni Stichum, alteri Pamphilum, legat plus quam habet, ideo alteri res alteri æstimatio datur: sed quando est debitoris electio, spes vtrique est relicta, in qua legatum consistit, ideo ex euentu conditionis legatum vel deficit, vel effectum habet, quæ spes non potest esse quando testatoris esset electio, non enim potest competere vtrique legatario, quia impedirent se in eligendo, ideo hæres grauatus videtur, & hæc est vera ratio ad dictam legem.

§ Cum ita legatum est, quantam pecuniam hæres meus à Titio exegerit, tantam Mæuio dato, si sub conditione legatum est, antequam exacta pecunia sit, legatarius agere non potest, quod si statim dies legati cedit: vt Publius recte putat, legatarius agere potest, vt actiones præstentur.]

Opponitur quod relatiuum quantam, facit conditionem, vt in *l. Stichum qui meus erit, de leg.* 1. Solut. secundum Bar. quod ille tex. loquitur in relatiuo substantiæ, hic vero in relatiuo quantitatis, sed melius & clarius potes dicere ex mente *Bal. Cuman. & Imol.* quod hic non est conditio, quia licet respiciat futurum, id verum est quoad executionem, sed quantum ad ius præsens tempus respicit, quia nomen debitoris legasse videtur, vt in *l. si sic in §.* 1. *de legat.* 1. nam & relatiuum quantitatis conditionem facit, vt *in l. hac venditio, in §. huiusmodi supra de contrahen. emptio.* nam si hic relatiuum substantiæ adijceretur, idem esset vt pecuniam, quam exiget hæres lego, & ita male loquitur *Bar. hic,* ideo nõ sequitur eum Paul. neque *Angel. de Perigl.* denique hoc legatum actionis legatum censetur, in glo. ibi quid in dubio, imo istud dubium decidit hæc l. secundum Raphaelem Cuman. & bene, & est de mente aliorum.

Vlpianus, Si ita quis testamento suo cauisset, illi, quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo vtique tunc, cum quandoque capere potuerit, videtur ei relictum, sed & si dixerit, quam maximam partem dare possum, damnas esto hæres meus ei dare, idem erit dicendum.]

Sententia in hac lege posita non consistit in vi verbi Poterit, secundum *Raphael. Cuma. cõtra Bar. & alios,* sed in verbis illis maxime comprehensiuis, Quãtum plurimum, quod verissimũ puto. nam adime illud verbum plurimum, & apparebit bene dicere Cumanum: non enim solum quantum tempore mortis testatoris, vel si amplius velis, aditionis hæreditatis capere poterit, comprehendet verbum illud Poterit, in futurum prolatum, cum hac vero dictione quocumque tempore poterit, videtur etiam & post mortem velle capacitatem à principe posse impetrari, vide quæ in simili diximus de legitimatione, quæ de voluntate parentis fit in lib. 1. harum interpretationum, in c. 3. in nu. 7. & not. istum tex. facit *l. in tempus, supra de hæredib. instituend.* vide quæ diximus *de liber. & posth. in l. Gallus in princip.*

Sed opponitur quod non valeat legatum respectu illius quantitatis, cuius postea capax efficitur, cum obstet regula Catonis, de qua infra de regul. Catonia. Sol. in legatis conditionalibus regula illa locum non habet, vt in *l. fin. eod. tit.* vel potest etiam dicere, quod regula Catoniana non pertinet ad capacitatem personę, vide *infra isto tit. in l. non oportet,* & quæ ibi ponit *Bart.* sed melior est prior solutio, vt in *§. an seruo hæredis, institut. de legat.* dixi in *l. statu liberum, in fine principij supra eodem.*

SVMMARIVM

ex §. Is cui in tempus.

1. *Adoptiui filij numquam implent conditionem contra Socin.*
2. *Monasterium vtrum habeatur pro filio.*
3. *Voluntas testatoris, an possit excludere monasterium.*
4. *Testamentum ingredientis religionem illico sortitur effectum.*

§. IS cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, vtique non poterit adoptando tertiam partem consequi.]

Adoptiui filij non habentur liberorum numero, vt conditionem si liberos habuerit impleant, sicut quando defectus eorum ponitur in conditione, non efficiunt conditionem deficere, vt in *l. fideicommissum infra de conditionib. & demonstratio.* vide tex. *in c. 1. in §. adoptiuus, si de feud. fuerit contentio,* & vide *Fab. in §. 2. instit. de hæredita. qua ab intesta.* quod intellige nisi adoptiui 1
sint vel arrogati illius suggestione, qui fideicommissum debiturus esset, nam in præiudicium suum hi filiorum appellatione comprehenduntur, secundum *Soci. in l. si cognatis in col. 12. infra de reb. dub.* in declaratione quam ponit ad *l. si vmquam, C. de reuocand. donatio.* quem sequitur *Hippol. de Marsil. singul.* 350. sed eorũ opi- 2
nio falsa est aperte, quia cum hi filij voluntate testatoris non veniant, neque factum hæredis efficere poterit, vt veniant etiam in suum præiudicium, vide quæ ponit *Bar. in l. si ita relictum, in §. fi. supra eod. & in l. si quis seruum, in §. si inter duos,* & quæ diximus contra *Bar. supra eod. in l. Titia, cum testamento in §. fin.* vbi vide, quia voluntas, & dispositio, certa ex facto superuenienti

sine

ine testatoris voluntate non potest mutari, hi autem qui ab ipso testatore in arrogationem accipiuntur, sub filiorum appellatione comprehendentur, ex mente *Bar. in dict. l. si cognatis*, & diximus in *d. c. S. in nu. 7. cum sequent.* Ciuiles igitur filij in conditionibus naturalium liberorum effectum non implent.

Monasterium autem, vel religionis ingressus conditionem liberorum deficere efficiunt, vt in *authen. nisi rogati. C. ad senat. consult. Trebelli. & in c. in praesentia extrau. de probat. & in §. sed & hoc praesenti, in auth. de sanctiss. Episco.* Sed videa-
2 mus qualiter ea res accipienda sit, nam aliqui monasterium dicunt haberi loco filij per *dictum cap. in praesentia*, & licet vt *Imol.* not. ibi post *Bar. in auth. nisi rogati*, non dicat text. non hoc dicere, sed quod intelligendum non erat sine haerede decedere qui monasterium sibi haeredem instituit: tamen haec euasio nihil valet, cum quia in quibusdam libris dicitur sine liberis, tum quia licet dicat sine herede, intelligi debet de necessario, qui filius, vel loco filij sit, vt apparet ex themate quaestionis, in qua erat facta substitutio, si absq; liberis decederet. item licet sit partis monasterij allegatio, non verba Pontificis, vt alij notant, ibidem tamen neque id tollit difficultatem, cum secundum monasterij petitionem, & allegationem sit sententia lata, cuius intentio nulla alia via potest defendi, nisi quod conditio illa, si absque liberis decederet, deficit per ingressum religionis eodem modo, ac si liberos ex corpore suo genuisset. ideo *Bar. hic* referens quae dixit in quodam consilio suo primo, & in *d. auth. nisi rogati* vult vt non loco filij sit monasterium, sed quod conditio de habendis liberis reijciatur per ingressum religionis, quae sit impedimentum vitae contemplatiuae, tu dic clarius sicut conditio viduitatis reijcitur ne impediatur matrimonium carnale, vt in *l. sed si hoc in §. si. cum legib. sequent. infra de conditio. & demonstrat.* ita conditio de contrahendis nuptijs, vel de non seruando castitatem, si opponatur religioni, reijcitur tamquam turpis conditio impeditiua melioris boni, & ita bene Bar. argumentatur. facit tex. in *c. scripturae, extrau. de voto*, & ita verū est, non defecisse conditionem, sed reijci, vt *Bart.* bene dicit, ideoque secūdum eum etiam si dicatur si sine filijs ex se genitis, ingressum religionis efficere ne obstet conditio ingredienti. nam si de voluntate testatoris quaerimus, nō dubito, quomodocumque de liberis loquatur, non de monasterio intellexisse, sed hic defectus est in potestate, non in voluntate, sicut in eo, qui conditionem si non nupserit adiecisset, contractis nuptijs nulla est quaestio voluntatis, sed potestatis, cum saluis verbis testatoris, nulla possit esse quaestio, & ita etiam si testator expresse dicat sine liberis ex suo corpore natis, siue expressius, vt neque monasterium ingressus sufficiat, non est obseruanda haec voluntas, & hanc opinionem dicit magis communem *Paulus Paris. in consi. 65. in num. 14. in vol. 2.* sed non videtur quod sit magis communis opi. cum *Bar.* quia antiquiores doctores tenent contra Bar. adeo vt *Cuma.* hic dicat esse commu. contra *Bar. & dilect. Gualdens. de arte testandi in cautel. 18. in tit. 5. & Deci. in dic. c. in praesentia, in num. 58.* vt voluntatis sit potius quaestio, adeo vt si de voluntate testatoris constet, ad liberos naturales expresse respexisse, excludatur Monasterium, quod aequitas suggerere videtur, & obseruatio communis, licet rationes dictorum textuum in contrarium vrgeant, & ex iuris subtilitate opinio Bar. verissima sit, vide *Socin. in l. fin. infra de his quae poena nomine relinquuntur*, vbi late de materia.

Suaderi tamen potest opinio contraria, quia 3
ingressus religionis, qui communiter fit, vt quis rebus suis & mundo renuntiet, non videtur posse remorari ob conditionis defectum, cum professio sua hoc desiderium excludat, vt in simili alias dicitur, in *l. neque professio tua C. de munerib. patrimonio. in lib. 12.* & opinionem istam potius amplectimur, quod dura sit decisio tex. in *dicto §. sed & hoc praesenti, & dict. auth. nisi rogati*, adeo vt nescio quid sibi voluerit Iustinianus in illa decisione, quia neque monasterium est loco filij, nam potius diceretur loco patris, quam filij, si paralogizare velimus. item non est haeres necessarius, cum non rumpatur testamentum religionis ingressu, imo potius cōfirmetur, in quo nullus dubitat quo ad potestatem, licet de voluntate ingredientis dubitetur in *dicto cap. in praesentia*. Sed melius *Abbas*, qui de neutro dubitat, vide ibi *Deci. in nu. 61.* & vide *R. Episcop. Segobiens. in c. 2. in num. 6. extrau. de testament.* neque adeo pijs causis fauere debemus, vt alijs iniustitia fiat, vt in *cap. etsi necesse, de donatio. inter vir. & vxor.* ideo puto licet doctores quos dominus Episcop. refert, velint, si facto quis testamento ingrediatur religionem, & profiteatur, interim dum Monachus viuit, monasterium frui bonis, quae Monacho mortuo restituet haeredibus institutis, quod id verum non est. sed facta professione, haereditas defertur heredibus statim, imo & cum fructibus: neque illo anno gaudebit Monasterium, cum animus & mens ingredientis religionem & voluntas haec sit, vt ad sensum patet. nam qui aliquid volunt afferre ad monasterium, hoc expresse faciunt, vel non testantur: qui vero
testantur, videntur repellere Monasterium 4
voluisse, & hoc videtur magis consonum Canonicae aequitati, non omittam dicere quod tex. in *dict. auth. de sanctissim. Episcop. in §. sed & hoc praesenti, & tex. in authe. si qua mulier C. de sacrosanct. eccles.* sunt leges Iustiniani imperatoris, cuius leges etiam in his quae vtilitatem ecclesiae respiciunt, non vult obseruari Pontifex, vt in *c. ecclesia Sancta Mariae, de constitutionib.* sed hoc non videtur obseruasse in *dicto c. in praesentia*, & licet ibi videatur approbasse dictā auth. quod excipit text. in *dicto c. ecclesia sancta Mariae*, tamen

id

id fieri debebat antequam casus contingeret, quod non apparet factum, cum ante illum tex. non videatur approbata dicta decisio: de filijs autem legitimatis, an conditionem deficere efficiant, diximus in lib. 2. in dicto c. 8. aliquid supra in tit. de liber. & posthu. & alibi etiam, & de supradictis vide late *Thom. Ferrat. in cautel. 9. per totum ad materiam l. Titia infra de condit. & demonstra.* vide *Francis. Marcia. de fideicommis. 2. parte, versi. 31.* sed nihil inuenies ibi præter allegationes.

SVMMARIVM

ex l. Non oportet.

1. *Quo tempore capacitas legatarij requiritur.*

TErentius Clemens, l. Non oportet prius de conditione cuiusquam quæri, quam hæreditas, legatumue ad eum pertineat.]

Opponi. dec. *Bar. d. l. de ætate, supra de minori.* Bar. soluit, tu dic, quod concordat, neque enim de ætate alicuius quærendum est, nisi id ad motam litem pertineat, an autem eo casu simul cum alia lite debeat agitari quæstionis est, & dicere potes, aut inhabilitas respicit merita causæ tantum, & simul poterunt agitari, aut respicit legitimationem iudicij, & comprehendit potestatem, & debet de hoc ante omnia quæri, vt per *Imol. Paul. & Cuma.* hic facit tex. in *l. quoniam Alexandrum C. ad l. Iuliam de adulter.* notatur in *l. 1. vel 2. C. de edic. diui Hadriani.*

1 Quærit glo. quo tempore debeat esse legatarius capax, vt valeat legatum. Bar. & doctores dicunt tempus mortis testatoris inspici debere, & sufficere quando testator inhabilitatẽ tollere non potest, quod Bart. forsan dixit propter tex. *in § an seruo instit. de legat.* & hęc intellige in legato puro non in conditionali, quod non cedit à morte testatoris. nam in eo cessionis legati tempus inspicitur vt in hęreditatibus dicitur in quibus superstitiosius hoc consideratur, cum tribus temporibus capacitas spectetur, vt in *l. si alienum, in §. in extraneis de hæred. instituend. supra vltimo.* nota tex. hic notab. ad ea quæ diximus circa *l. diffamari, de ingen. & manumi.* supra in lib. 6. harum interpretationum in fine. vide ibidem.

SVMMARIVM

ex lege Cum ab vno.

1. *Vtrum testator possit grauare vnum ex hæredibus, vt solus debita soluat.*
2. *Quid volente creditore.*
3. *Vtrum aliquid sit speciale in dote.*

IDem, l. Cum ab vno hærede mulieri pro dote compensandi animo legatum esset, eaque dotem suam ferre, quam legatum maluerit, vtrum in omnes hæredes, an in eum solum, à quo legatum est, actionem dandam putat: nam cum aut suo iure, aut iudicio mariti contenta esse debeat, æquum esse eum à quo ei maritus aliquid pro dote legauerat, vsque ad quantitatem legati onus huius æris alieni sustinere, reliqua parte dotis ab hęredibus ei prę standa: eadem erunt dicenda, si hæres instituta pro dote omiserit hæreditatem, vt in substitutum actio detur, & hoc verum est. sed de legatis & legis Falcidiæ ratione belle dubitatur, vtrum is in quem primum dotis actio detur, legata integra ex persona suà debeat, perinde ac si omnes hæredes dotem præstarent, an dotem totam in ære alieno computare, quia in eum solum actio eius detur: quod sane magis rationem habere videtur.]

Opponitur, quod testator efficere non possit, vt debita ad hæredes pro portionibus hæreditarijs non pertineant, vt in *l. seruo legato, in §. si testator. supra de legatis 2. & in l. eum qui ita in §. te & Titium, infra de verbo. obligationib.* Solutio, in præiudicium creditorum hoc testator efficere non potest, vt in dictis legibus, & facit *lex debitorum pactionibus. C. de pactis. & l. pacto successorum,* sed quoad ipsos hæredes vt in æqualiter grauentur, potest id testator efficere, vt *hic & infra alleg. Falci. in l. in lege Falcidia æris alieni, infra ad l. Falcidiam.* 1

Sed videtur, quod etiam in præiudicium creditoris, sit obseruanda in hoc defuncti voluntas, cum textus hic dicat in eum solum, à quo legatum sit actionem dãdam. soluitur, intellige si mulier velit, vel in effectu, vt vult glossa in verbo putat in principio, & fine, idest si mulier creditrix velit exigere dotem ab eo, à quo testator specialiter legauit, potest, si vero velit ab omnibus pro hæreditaria portione exigere in effectu, exigitur ab eo, à quo testator solui iussit, cum alij ab eo possint repetere, vt in legib. allegatis in glos.

Sed opponitur, quod etiam si velit creditor, non possit, quia per legem duodecim tabularum, sunt adeo diuisæ actiones, vt voluntas testatoris hoc ius, neque factum creditoris mutare possit: quia nuda voluntate actiones non constituuntur, neque mutantur, vt in *l. obligationum fere in §. placet, infra de actionib. & obligation.* & hoc probatur in *dicto §. si testator,* quando citra speciem legati prospectum creditoribus non esset, sed hæredi, vt in *l. si vni. in princip. famil. herciscund. hic allegat. alias est l. si filia nupta, in §. Papinianus.* Sol. speciale est in dote, vt concurrente voluntate testatoris etiam citra speciem legati, possit agi in solidum cõtra eũ, quem testator iussit dare legatum, secundum glo. & Bar. & est communis secundum *Cuman. & Angel. de Perigl.* hic notat *Paul. & Ias. in dicta l. pacto successorum, & in dicto §. si testator,* siue quando hoc est dictum expresse, vt vnus hæredum dotem soluat, siue quando ex consequentia legati, vel institutionis eius nomine factæ coniectura sumitur, quod deficere sua repudiatione 2

diatione videtur, vt hic dicitur.

3 Sed certe hæc lex non videtur velle aliquid speciale in dote constituere, quod *Cuman.* fateri videtur, sed hoc admittit, quod aliud melius dici nō posse credit, sed ego melius puto quod lucin speciem legati, vel institutionis vxori creditrici voluit esse prospectum, & licet hæc voluntas non habuerit effectum, sufficit tamen hæc qualis qualis voluntas, quæ à legati specie orta ab initio fuit, neque erit speciale in dote, nam neque lex dotis fauore hoc induxit, sed quomodo hoc fieri possit statim dicemus.

In glos. in verbo purat, ibi, actione ex testamento,] hoc verum esse nō potest, vt repudiato legato ex testamento actio detur. vt hic notat Cuman. sed dabitur actio ex stipulatu contra eum in solidum, à quo testator voluit solui, & si excipiatur ab eo, vt in hæreditariam portionem solum conueniatur, replicabitur, si non voluntas testatoris legantis in solidum ab eo exigi voluerit, quæ voluntas etsi ad actionem non sufficiat, sufficit tamen ad replicationem, quod alias etiam videmus, in *l. qui liberis, in §. testamento. infra de bonorum possessio. secundum tabulas.* & potest induci ad hoc tex. elegans in *l. fin. supra de reb. eorum*, & isto modo replicandi si non, &c. vtuntur passim iurisconsulti. vt latius ostendimus, in interpretatione l. diffamari in lib. superiori. in glos. in verbo ex persona sua, ibi, viginti solidi, imo quadraginta secundum *Cuman. in 1. & 2. lectu.* & bene, quia legata sunt in quatuor libris, cum libra faciat viginti solidos, dimidia dotis est quatuor, qua detracta vt æs alienum, remanent octo libræ in bonis, quatuor sunt legata, remanent alia quatuor, & sic haberet vltra falcidiam quadraginta solidos, idest duas libras, quia falcidia ex octo libris sunt duo libræ, habet quatuor, ergo duæ libræ sunt extra falcidiam, quæ quadraginta solidos efficiunt. & nota quod de grauamine dotis non detrahitur falcidia à muliere, sed bene à cohæredibus quibus prælegatum factum videtur, cum exonerentur à debito dotis, secundum *Paul. hic in col. fi.* & bene.

SVMMARIVM

ex l. Si cui fundus.

1. *Difficultas maxima in interpretatione huius materia.*
2. *De interpretatione l. ciuitatibus, in §. fin.*

I*Dem, l.* Si cui fundus centum dignus legatus fuerit, si centum hæredi vel cuilibet alij dederit, vbertimum videtur esse legatum, nam aliquando interest legatarij fundum potius habere quam centum, sæpe enim confines fundos etiam supra iustam æstimationem interest nostra adquirere.]

1 Sed an possit vltra hoc grauari, tex. est quod non, in *l. ciuitatibus. in §. fin. supra tit. proximo*, sed contra *infra eodem in l. imperator in §. si centum*, vbi si centum sibi legentur, & grauetur dare fundum qui sit mille, & acceptet legatum centum fundum dare compellitur, quia tanti fundum æstimasse videtur, & in suum præiudicium ea æstimatio est attendenda, vt *in dicto §. si centum.* Solut. ibi est casus per contrarium, nam in *dicto §. fin.* fuit legata res vt daret pecuniam, in *dicto §. si centum* fuit legata pecunia, vt rem propriam daret, ex mente doctorum, quæ autem sit ratio differentiæ ego non intelligo. quod enim doctores dicunt, quod rei propriæ æstimationem verisimiliter quis non ignoret, ideo tanti æstimasse videtur, sed quando res legatur vel det pecuniam pura mille, ignorare æstimationem potest, ideo illa pecunia rem æstimasse non videtur, non concludit: id enim eo pertinet vt consultius fecisse videatur, sed quod inepte fecerit attendi non debet, sed tanti videtur æstimasse, imputetque sibi qui nō diligentius rem explorauit antequam legatum acciperet, ideo ratio tex. in *dicto §. si centum* generalis est, vt rem tanti æstimasse videatur, quia qui cum alio cōtrahit rem explorare debet, vt *in l. qui in alterius, infra de regul. iur. & in l. qui cum alio.* quid enim interest quis emat, vel vendat vt læsio consideretur, nam eiusdem rationis sunt vt apparet ex *l. 2. C. de rescind. vendition.* ideo difficilis est prædicta distinctio.

Posset considerari quod *in d. l. ciuitatibus* grauatur quis vltra rem, ideo id fieri non potest, intra rem vero ipsam grauari possit, vt puta si decem legem, vt des rem tuam, quæ valet 20. valet legatum, quis tanti æstimasse videris, sed etsi vltra rem graueris vt & des illa decem alij, ad id non teneris, vt in *dicta l. ciuitatibus*, denique intra rem grauari potes non extra rem, sed hoc non penitus tollit difficultatem, quia ratio tex. in *dicta l. imperator*, quod quantitas quantitate conferatur, cessare videtur. neque obstat tex. in *l. si non seruum, infra ad l. falcid.* quia licet ibi legatum speciem respiciat, tamen quantitas censetur, cum rem emere teneatur. facit tex. in *l. generaliter, in §. si quis alienum, infra de fideicommis. libert.* si vtrinque res forent permutandæ cessarent omnia, cogitabam si posset aliqua ratio differentiæ excogitari inter *dictam l. ciuitatibus, & dicto §. si centum*, vt videamus quod ibi legatur res, vt detur pecunia, si minus valeat res, potest minui pecuniæ onus, quando vero legatur pecunia, vt quis rem propriam det, si maius est rei pretium non est quod diminuatur. nam si res minuatur diuidendo eam inciderēt in communionem. cogita, & adde quod ad rationem legis Falcidiæ attinet, in hoc tex. totus fundus est in legato, neque pro centum, quæ restituit Falcidia minuitur, vt *in l. aduerteram, in §. 1. infra ad l. Falcidiam, & in l. si fundus*, si tamen hæredi dare damnatus esset ei imputaretur ad excludendam vel minuendam l. Falcidiam, vt in *l. Nesennius, eod. tit. vltimo not.* secundum *Paul. hic in fin.* quod etiam si omnis vtilitas deficiat, 2

deficiat, voluntas tamen sua sufficit, vt lucrari videatur eam adimplendo, vt in *l. fin. supra de vsu & habita. & in l. quia poterat infra ad senatusconsul. Trebellian.*

Caius, *l.* Si mihi, & Titio eadem res legata fuerit, & is die cedente legati decesserit me hærede relicto, & vel ex mea propria causa, vel ex hæreditaria legatum repudiauero, magis placere video partem defecisse.]

Nota quod ius accrescendi datur volenti nõ inuito, quod in legatis verum est, secus in hæreditate, vt *in l. vnic. in §. in nouissimo. C. de caduc. tol.* dic vt in *l. re coniuncti*, & nota quod habens duplex ius potest vnum repudiare, & aliud amplecti, vide *l. suum heredem C. de iure deliberand.* vide *l. si domus supra de seruitu. vrbanor. prædior. supra isto tit. l. si duobus.*

SVMMARIVM

ex §. Si cohærede.

1. *Quæ sit vtilitas vt capacitas serui hæreditarij consideretur ex persona defuncti vel hæredis.*
4. *An decedat quis pro parte testatus quando est capax hæres pro parte.*

§ SI cohærede instituto, qui vel nihil, vel non totum capere potest, seruo hæreditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate, videndum est vtrum hæredis an defuncti persona, an neutrius spectari debeat, & post multas varietates placet vt quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quæri possit, sine vllo impedimento adquiratur legatum hæreditati, atque ob id omnimodo ad eum pertineat quicumque postea hæres extiterit, secundum quod accipere potest, reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur venit.]

Institui Titium & Seium mihi hæredes, qui Titius tantum in quarta parte esse hæres potest, reliqui seruum in hæreditate, qui ea iacente ab aliquo hæres est institutus, vtrum institutio valeat & quatenus: si enim ex persona Titij hæredis serui capacitas regulatur, non in solidum capax erit, si vero ex defuncti persona contra erit, & text. dicit institutionem valere, sed pro ea parte acquiret, cuius capax est, nam pro ea tantum parte serui dominus est. sic ergo Titius quadrantem serui, & vtriusque hæreditatis habebit, socius vero dodrantem vtriusque etiam & serui, & sic institutio serui in totum valet, licet non in totum seruus, neque Titio hæreditas acquiretur secundum Cuman. & bene, licet Bar. aliter sentiat.

1 Sed quæro quid interest, vel defunctus consideretur cum vtroque casu, pro ea parte cuius capax est hæres acquirat. Solut. vt dicatur simpliciter legatum valere non habita consideratione hæredis interest. Item vt si defunctus incapax sit, capacitas hæredis non consideretur secundum Cuman. & bene.

Sed oppono, si Titius solum partem hæreditatis habere possit, ergo defunctus decedit pro parte intestatus. Solut. vt hoc euitetur fingimus quod Titius habeat cohæredem, si tamen non haberet *Bar. & Imol.* fatentur vt admittatur ratione impossibilitatis, vt partim testatus & intestatus partim decedere possit. Sed 2
Deci. hoc non admittit. *in l. ius nostrum de regul. iur.* quem vide in fin. licet non referat Bar. & doctor. hic, sed in *l. 1. C. de secund. nupt.* per illum tex. & adde quod *Paul. de Castro hic* ponit alium notabilem intellectum fingendo casum, quod hic incapacitas versatur respectu hæredis instituti, & instituentis seruum hæreditarium, vt si Titium filium incestuosum Caij hæredem instituam, Caius autem pater instituat seruum hæreditatis meæ, vel ei leget, & hic intellectus est optimus in se, sed non conuenit literæ huius text.

Idem, *l.* Quod principi relictum est, qui antequam dies legati cedat, ab hominibus exemptus est, ex constitutione diui Antonini, successori eius debetur.]

Papinianus, *l.* Si Augustæ legaueris, & ea inter homines esse desierit, deficit quod ei relictum est, sicuti diuus Hadrianus in Plotina, & proxime imperator Antoninus in Faustinæ Augustæ persona constituit, cum ea ante inter homines esse desijsset quam testator decederet.]

Verus intellectus ad istum tex. est quem ponit *Petrus & Oldrad.* quos sequitur *Bar.* refert *Albe. & Cum.* sequitur *Imol. & Paul. de Castro*, quod hic legatum factum sub nomine dignitatis censetur ipsi dignitati factum, ideo non deficit etiam si ille, qui dignitatem habebat decedat, antequam cedat legatum, quando dignitatem habet ex sua persona, secus si per communicationem alterius: ratio est, quia dignitas non moritur cum persona, neque mutatur personæ interitu. argumen. *l. proponebatur, supra de iudiciis.* sed dignitas quæ communicatur vxori principis non est sua propria, neque est dignitas perpetua, cum sæpe sine vxore degat Princeps, vel cælebs in viduitate.

Ex his nota, quod legatum dignitati relictũ, sub nomine dignitatis, neque potest esse pro non scriptum, neque caducum non persona, sed dignitate inspecta, nisi quod raro accidit dignitas extingueretur, sicut & ciuitas extingui potest si aratrum patiatur: & ita quæ glos. hic circa istum tex. ponit, impertinentia sunt, & falsa, vide quæ diximus in *l. Celsus supra isto tit.* in tex. vbi successori eius debetur, quia etiam eo mortuo adhuc durat dignitas, neque cum persona fuit extincta, in *l. si Augustæ* ibi esse desierit, quia cum persona eius dignitas, quam habuit à marito extincta est, neque vxor alia succedit ei in dignitate per repræsentationem, sed noua dignitas procreatur, vltimo vide Cuma. hic qui bene explicat istam materiam.

L. Iulianus, vide quæ diximus in *l. si quis quos, & in l. si quis Titio.*

SVM-

SVMMARIVM

ex l. Si Titio & Mæuio.

1 *An fiat contributio ex portione grauata, ad non grauatam vel è contrario.*
2 *Quæ sit ratio differentiæ inter coniunctum & substitutum contra Alciat.*

VLpianus, l. Si Titio & Mæuio hæredibus institutis, qui quadringenta relinquebat, à Titio ducenta legauerit, & quisquis hæres esset centum, neque Mæuius hæreditatem adierit, trecenta Titius debebit.]

1 Secus si è contrario, quia si portio grauata accedit non grauatæ per ius accrescendi, non fit contributio, vt in *l. quod si alterutro, infr. ad l. Falcid.* secundum *Bartol. Cuman. & Imol. Paul. de Cast.* contra glos. hic, licet *Bart.* sit corruptus, ratio est, quia quando non grauato accrescit, æquum est, vt portio, quam non oneratam concessit testator ex superuenienti casu non grauetur, sed quando grauatus fuit à testatore, cũ parum eum dilexerit, æquum est vt lucrum superueniens prosit ad conseruandam voluntatem testatoris, qui in tantam, quantam expressit quantitatem, voluit hæredem teneri, licet inutiliter propter vtilitatis defectum, seu patrimonij exiguas vires, quæ ratio cessat cùm opulentior pars accrescit: quando verò per contrarium grauata portio accrescit, non debet id efficere, vt in plus quã testator expressit, sit grauatus, in portione sibi à testatore cum grauamine limitato concessa. denique in altera specie erat defectus in viribus portionis hæreditatis, in altero verò in testatoris voluntate, hic defectus suppleri non potest propter superuenientem pinguiorem portionem. ille verò defectus substantiæ suppleri potest, si pinguior portio superueniat, quod est valde notãdum, & hoc quando portio superuenit, iure accrescendi, si verò iure substitutionis, indistinctè fit contributio, siue portio non grauata accedat
2 grauatæ, siue per contrarium, vt in *l. 1. in §. id quod ex substitutione, infr. ad l. Falcid.* quia tunc testator grauamen nominatim mihi imposuisse videtur, cùm expressè in locum grauati me cõstituerit, & hæc est vera ratio, non autem illa, quod minus dilectus sit substitutus, quam coniunctus, cum quo ad portionem, in qua vocatur substitutus dilectior sit quam coniunctus, vt diximus contra *Alciat. in l. Celsus, in §. quod alicuius supr. isto tit.* immò substitutus vocatur expressè coniunctus tacitè, ideo potiorem volũtatem habere videtur, vt non sit melioris conditionis in ea re coniunctus, quam substitutus, nisi ex testatoris, vt dixi, verbis colligeretur.

§ Iulianus quidam ait, si alter ex legitimis hæredibus repudiasset portionem, cùm essent ab eo fideicommissa relicta, cohæredem eius non esse cogendum fideicommissum præstare: portionem enim eius ad cohæredẽ sine onere pertinere. sed post rescriptum Seueri, quod fideicommissa ab instituto relicta, à substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.]

Deuenientibus ab intestato quando relictum ab vno, ab alio debeatur, dic vt *in l. cum pater, in §. cum existimarem, infr. eod.* de alijs, scilicet de substitutis, & coniunctis, diximus in *l. Celsus, in §. quod alicuius, supr. isto tit.* & facit ad ea quæ ibi diximus text. in l. sequent. in qua nominatim fuit relictum, ideò autem vtilis actio necessaria est, quia neque substitutus, neque coniunctus est grauato.

Papinianus, l. Cùm proponebatur in scriptura fideicommissi, quod pluribus sub conditione fuerat relictum, per errorem omissam mutuam substitutionem, quam testator in suis tabulis, qum eosdem substitueret expressit; diui Marcus & Commodus imperatores rescripserunt, voluntatem manifestam videri mutuæ factæ substitutionis. Etenim in causa fideicommissi, vtcumque precaria voluntas quereretur, coniectura potuit admitti.]

Hæc l. malè explicatur à doctoribus, ad quã ponit intellectum *Cuman.* singul. & *Paul.* sequi videtur in summa, quod hic substitutio reciproca facta, in hæreditate habetur pro facta in legato eisdem facto, quod errore id omisisse testatur videtur, & credendum est idem in legato voluisse, & ita ex hac coniectura repetita substitutio videatur, sed istum intellectũ Cuman. eleganter reprobat, neque audet tenere per rationes quas ipse notanter ponit, vide eũ. Secundus intellectus ponitur satis obscurè in glo. quẽ *Bar. & alij* sequi videntur, quod enuntiatiuè ex verbis testatoris constet hoc voluisse, & inducatur ex illis probatio. Finge speciẽ, ita scriptum est, Titio, & Seio fundum lego. filium hæredem instituo, eosque eidẽ substituo, & sicut in legato feci adinuicem substituo, vt superstes fideicommissum à præcedente accipiat. nam ex his apparet errore in legato substitutionem omissam, & esse defuncti voluntatem ita substituendi, ideo talis substitutio fideicommissaria ex coniectura admittitur. Sed oppono quod verba enũtiatiua propter aliud, non principaliter propter se emissa non disponant, *supr. eod. in l. Titia cum testamento, in princip.* Sol. secundum Bart. non dispositionem inducunt, sed probationem, tamen hoc ridiculum est, quia si hoc verum esset semper operarentur, ageretur enim ex testamento, & in probationem inducerentur hæc verba, quod benè aduertit Paul. hic. nam si hoc verum esset, *d. l. si Titia,* serui à filia possent vendicari, & ideò verius est neque probationem inducere, vt ibidẽ diximus, ideò dic, quod verba enũtiatiua nihil promouent, nisi vbi error alijs coniecturis adũbratur. nam cũ enuntiatiuis verbis concurrit etiam, quod non principalẽ dispositionem, sed substitutionẽ fecit, & quod similis substitutio in alijs rebus facta sit, ideò verisimile est errore

e missam, qui ex his probatur, quorum singula non sufficerent, & hic est verus & clarus sensus l. huius. Sed oppono, quod verba enunciatina non probent *infr. de lib. leg. l. Aurelius, in §. fi.* dic quod ibidem falsam causam adiici voluit legato, ideo valet tanquam legatum ex dispositione, quæ postea sequitur, quamuis etiam probationem inducerent, non tamen irretractabilem. nam hæres contrarium probare posset, nec testatori stare tenetur, si in sua falcidia habendo eam vt creditricem sibi fraus & damnum fieret.

Vltimo not. gloss. hæc quæ vulgo solet allegari in verbo Coniectura. vide *Iason. in l. 2. C. de bonor. possess. secundum tabul. & in l. errore, in col. fin. C. de testament. Socin. in consi. 5. in col. fin. in volum. 3. Bald. in §. 1. in num. 61. instit. de testament.*

SVMMARIVM

ex l. Peculium.

1 *Libertas seruo legato directo an legari possit.*
2 *Contrarietas iuris consultorum.*
3 *Nouus sensus l. cum quo de peculio, in §. is qui in bonis.*

Idem, l. PECVLIVM LEGATVM.

§. TItio Stichus legatus, post mortem Titij libertatem accepit, & legatum adita hæreditate, & libertas post mortem Titij competit, idemque est & si moriente Titio liber esse iussus est, si tamen Titio ex parte hærede instituto, seruus legatus sit, & post mortem eius liber esse iussus sit, siue adierit hæreditatem Titius, siue non adierit, post cuius mortem libertas ei data est, defuncto ea libertas competit.]

Difficilis est hic §. & not. quod valet legatum serui relictum Titio, & relicta libertas, idem seruo post mortem Titij. Sed opponitur, quod
1 si legetur seruus Titio, & postquam eius factus est, libertas, vtrumque legatum valere non potest, quia alieno seruo libertas relinqui nõ potest, ideo legatum serui est inutile, vt teneat libertatis datio, textus est expressus in *l. si post mortem, in §. fin. supr. de legat.* 1. vbi loquendo de seruo testatoris inquit *Caius*, quod si idem pure legatus sit, & ex die liber esse iussus fuerit, omnino vtile legatum est, quia diem venturam certum est. & ita Iulianus quoque sensit, vnde ait: Si seruus Titio legatus sit, & idem post mortem Titij liber esse iussus fuerit, inutile legatũ est, quia moriturum Titium certum est.] nam necesse est vt inutile sit legatũ serui, vt libertas ei relicta teneat, vt *Iabolenus* probat *in l. Stichum Titio do lego, infr. de statu liber.* nam neque seruo alieno, vel hæredi eius relinqui potest, vt in *l. seruo suo, C. de testam. manumiss.* optimus text. *in l. proponebatur, in versi. denique inf. de castrens. pecu.* neq; nostro in euentu quo alienus sit futurus libertas relinqui directo potest, vt eleganter *Vlpian.* per exempla ostendit, *in l. Stichus seruus meus, inf. de manumis. testam.* ita inquiens. Stichus seruus meus, si cum hæres alienauerit, liber esto, inutiliter libertas datur, quia in id tempus confertur, quo alienus futurus sit, nec contrarium est quod statu liber etiam si venierit, ex testamento libertatem consequatur. quippe vtiliter libertas data facto hæredis nõ perimitur, at quid in legato eo modo dato dicemus? diuersum enim nulla ratione dicetur. nam inter libertatẽ & legatum, quantum ad hanc causam, nihil distat, igitur neque si directo dabitur libertas, si hæredis mei esse desierit, liber esto, quia nullũ casum vtile habet.] Sol. secundum Bar. hic post glo. fuit ibi relicta libertas non directo, sed pro fideicommisso hic intellectus diuinare videtur, maxime quia dicit text. libertas competit, quod magis directam libertatem, quæ sine facto hominis obueniat respicere videtur.

Præterea est textus fortissimus, qui & legatum & libertatem directo relictam valere probare videtur, *in §. cum quo de peculio, in §. is qui in bonis, infra ad l. Falcid.* ibi quemadmodum si directo post triennium seruo libertatẽ dedisset.]

Certè ego existimo in hac re inter iurisconsult. fuisse differentiam, quod & patet ex textu 2
Iabole. in d. l. Stichum Titio. nam licet legatum ex tempore dari non posset, nec ad tẽpus velit *Vlp. in l. obligationum fere, in §. placet, inf. de acti. & oblig.* tamen & in hoc erat controuersia, vt fatetur *Iustin. in l. fi. C. de lega.* ideoque multo magis hoc fuisset in libertate, vt seruo legato post tempus ei dari libertas possit. quod autem vtrumque non valeret, neque legatum neque libertas, inconueniens videtur, vt voluntas testatoris vitietur, & ita fatetur hic *Ioann. de Imol.* quod hodie seruo legato possit libertas relinqui post tempus, *per d. l. fin.* & ita hæc controuersia antiquorum deciditur, sed si velis sequi doctor. interpret. ad istum text. melior est sol. quod loquatur de fideicommissaria libertate. nam intellectus Iacobi de Aren. quẽ *Bart.* refert, quod hic fiat punctus post verbum & legatum, vt dicat tex. & libertatem accepit & legatum, scilicet idem seruus, dicens, quod legatum factum Titio de Sticho vitietur, valeat tamen legatum factum seruo, vt in *d. l. post mortem, in §. fi* defendi non potest, quia textus hic non potest intelligi de legato seruo facto, quia cũ cederet ante libertatem esset inutile, vt *in l. quæsitũ, in §. præsente, supr. de legat.* 1. ideo non potest hic intellectus defendi, & ita vel dicendum est in fidei-
commissaria libertate istum tex. intelligendũ, 3
vel vt sup. sumus interpretati. Ad tex. in *§. is qui bonis, in l. cum quo de peculio,* licet difficilis sit responsio, possit dici, quod seruo post triennium libertate relicta directo possit vsusfructus interim legari tertio, quia dominium serui apud hæredem interim remanet, neque potest dici seruo alieno relicta libertas, sed deferri donec finiatur vsusfructus, vt *in l. quoties, in §. fin. supr. de hæred. instit.* isto iure. nam quod hodie in hoc est cõstitutum, nõ mutat hãc interpretationẽ *d. §. quod vero, in d. §. is qui in bonis,* dicitur, aut ei proprietatẽ per fideicõmis. reliquisset, nõ intelligas loqui in specie præced. sed fingere aliã speciẽ,

in

in qua ratio l. Falcidiæ, vt in præcedentibus casibus ineatur, vt si proprietas serui post certum tempus esset relicta, habeatur ratio in l. Falcidia contra hæredem vtilitatis temporalis serui, neque intelligas quod loquatur text. in ista specie quando seruo fuerit libertas relicta: & ita ponuntur hi casus, primus vbi seruus fuit legatus Titio, vt post triennium eum per fideicommissum manumittat, & habebit ratio legati ad Falcidiam. idem si directo manumittatur vsufructu legato: & est secũdus casus, quo & vsusfructus legati ratio habetur: est tertius casus, si proprietas serui per fideicommissum Titio fuerit relicta, scilicet post triennium. nam temporis ratio habenda est, vt non totius simpliciter æstimatio serui habeatur, sed detracta vtilitate qua hęres vsus est, sed hic intellectus durus est, ideo potius dicendum est, vt suprà diximus inter iurisconsultos in hac re non conuenire, ideo Iustinianum certum ius in hoc constituisse, in *dict. l. fin.* nam & Pomponius non videtur in his cum alijs concordare. *in l. Iulianus, infra de manumiss. testam.* & quod Imol. distinguit incipiat à legato, vel à libertate, non est vera distinctio, vt ex ipsis textibus apparet, & ex his, quæ diximus, *supr. isto tit. in l. qui testamento.* item aut compatibilia sunt, & vtrumque valeret à quocumque incipiat, aut incompatibilia, & nihil valet dicta distinctio.

Idem, l. Mæuius fundum mihi à Titio sub conditione legauit, hæres autem eius eundem sub eadem conditione mihi legauit, verẽdum esse Iulianus ait, ne existente conditione pars eadem ex vtroque testamento mihi debeatur, voluntatis tamen quæstio erit. nam incredibile videtur, id egisse hæredem, vt eadem portio bis eidem debeatur, sed verisimile est de altera parte eum cogitasse. Sane constitutio Principis qua placuit eidem sæpe legatum corpus non onerare hæredem, ad vnum testamentum pertinet, debitor autem non semper quod debet iure legat, sed ita si plus sit in specie legati, si enim idem sub eadem conditione relinquit, quod emolumentum legati futurum est.]

Nota quod legatum factum creditori nihil ei tribuit, ideo grauari hoc legato non potest, neque sumptuum, quos in lite facturus erat, esset aliqua ratio habenda, vt *in l. 3. in §. si rem, infr. de legat. 3. & in l. petitor, infr. de liberat. legat.* neque est quod creditor gratias debitori agat, cuius fidem sequutus est, quod non calumnietur, neque malam causam defendat, cùm ad id de iure teneatur, vt in *l. quoties, in §. sicut de administrat. tutor.* neque enim improbè dolum suum allegare potest, vt *in l. si seruus plurium, in §. 1. supra de legat. 1.* Et adde quod vtilitas hypothecæ trãslationis dominij, vel actionis ex testamento, quæ bonæ fidei est, non est considerabilis, vt huius ratione videatur legare testator, contra *Cuman. hic*, qui has vtilitates considerat. vide latè per *Dom. Antonium in l. vnum ex familia, in princip. infra isto tit.*

Franc. Sarmient.

SVMMARIVM

ex §. Duobus.

1 *Genus qualiter capiatur. & n. 7.*
2 *Vtrum detur vltima voluntas in genere.*
3 *Genus in his quæ numero, pondere, & mensura consistunt, qualiter capiatur.*
4 *Genus qualiter à iurisconsultis accipiatur.*
5 *Quæ sit functio per solutionem, magis quam per speciem.*
9 *Quomodo pars quotitatiua possit dici genus cõtra Zas.*
8 *Quæ differentia sit inter primam, secundam, & tertiam partem text.*
9 *Ponuntur multæ regulæ in ista materia.*
10 *Genus cum demonstratione constituit speciem.*
11 *Si soluatur prius æstimatio, non obstat regula de duabus causis lucratiuis.*
12 *Res si efficitur mea quando peti possit.*
13 *Actio, quæ renascitur an sit vtilis, vel directa.*
14 *De intellectu l. deferre in fi. de iure fisc.*
15 *Legatum partis rei intelligitur de dimidia.*
16 *In vsufructu an obstet regula de duabus causis lucratiuis.*
17 *Res incorporales qualiter accipiuntur, & an in eis obstet regula.*
18 *Regula de duabus causis non impedit obligationem, sed exactionem. & num. 26. & 28. & 31.*
19 *Vtrum in obligatione generica possit solui res, quæ erat creditoris tempore obligationis.*
20 *Intellect. l. qui decem, in §. Stichum, de solutionibus latè.*
21 *In dispositione conditionali quando considerentur regula de duabus causis lucratiuis.*
22 *Ponuntur plures conclusiones in alternatiuis & genericis obligationibus.*
23 *Plus & minus quando sint diuersæ species, contra Zasium.*
24 *In generica promissione nullus est in obligatione.*
25 *Intellectus l. & per ius iurandum, in §. si qui hominem, de acceptilationibus.*
27 *Quando res fieri possit mea ex pluribus causis.*
28 *Intellectus l. is qui Stichum, de actionibus & obligationibus, & supr. num. 18.*
29 *Intellectus l. si seruus legatus, in § 1. de legat. 1.*
30 *Dos est titulus onerosus.*
31 *Dominium non sufficit sine actuali apprehensione ad regulam de duabus causis.*

§ DVobus testamentis pars fundi, quę Mæuij est, Titio legata est, non ineleganter probatum est, ab vno hærede soluta parte fundi, quæ Mæuij fuit, ex alio testamento liberationem obtingere, neque postea parte alienata reuocari actionem semel extinctam; sed si pars fundi simpliciter, non quæ Mæuij fuit legetur, solutio prior non perimit alteram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam, poterit alter hæres soluere, neque plures in vno fundo dominium iuris intellectu, non diuisione corporis obtinent, non idem responderetur cum duobus testamẽtis generatim homo legatur. nam qui soluente altero legatarij factus est, quamuis postea sit alienatus, ab altero hærede idem solui non poterit, eademque ratio stipulationis est, hominis enim legatum orationis compendio singulos, homines continet, & quemadmodum ab initio nõ consistit, in his qui legatarij fuerunt, ita frustra soluitur, cuius dominiũ postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit.]

Elegans, ſubtilis, & magiſtralis eſt hic §. quem Bart. pro ſuo mirabili ingenio elegantiſſime commẽtatur, & pro eius interpretatione præmittit *Bartol.* genus tripliciter accipi. *Zaſius* hoc latius proſequitur, *in lib. intel. ſingul. in cap. 1.* pluriſariam accipi genus aſſeuerans, in pluribus à Bar. hic immerito diſcedens, quod ſigilla-
1 tim examinemus, & primo inquit *Zaſius*, quod genus in iure capitur à nomine, neque alicui qualitati determinatæ aſcriptum. nam dicitur
2 vltima voluntas in genere, quæ neque ſit teſtamentum, neque codicillus, neq; donatio cauſa mortis. vt not. gloſſ. *in l. licet inter priuatos, C. de pactis, & in l. tam is, in §. infr. de donat. cauſ. mort.* pro quibus videtur text. *in l. cum antiquitas, C. de teſtament. & in l. vnica, in §. fin. C. de caduc. tollend.* not. *Angel. in l. 3. in §. genera, infra de acquirend. poſſiſſ.* Sed licet gloſſ. & prædicti doctores hoc aſſeuerent, tamen hic modus capiendi dictionem genus, non reperitur in iure, neque in natura rerum. quod enim non habeat nomẽ ſpeciale, ſed nomen generis aliquid reperiri poteſt, vt ſupra de iuriſdictione adoptioneque diximus, in *l. 1. ſupr. de adoption. & in l. 1. & in l. imperium, ſupra de iuriſdict. omni. iudic.* ſicut & poteſt homo aliquis nomine proprio homo appellari, & tamen ille homo non magis ex hoc erit genus quod nomine generis, vt proprio appelletur, & dicimus eſſe contractus innominatos, qui non habent nomen ſpecificum, non tamen dicimus eos eſſe contractus in genere, quia neceſſe eſt vt natura eis conſtituatur, & forma, quod neceſſario efficit eſſe ſpecies, non genus. nam neque genus ſimpliciter ſumptum, cum ſit idea quædam eſt in rerum natura, vt latè oſtendimus in lib. 2. harum ſelect. interpret. in cap. 5. in num. 8. & etiam *Bar. inf. in col 5. in nu. 9.* nam actiones circa particularia ſunt, vt dicit *S. Thom. 2. 2. in prologo.* quicquid enim eſt in mũdo, eſt realiter indiuiduum, & ſingulare,] vt 7. *metaphyſic.* & ita ens non poteſt eſſe genus, vt *in 3. metaphyſic. in concluſio.* 10. & vide *S. Thom. in quodlib. 9. in artic. 1.* At prædicti volunt, quod ſit aliquid in genere, non quod ſolo nomine generis eſſe cenſeatur, ſed quod reipſa ſit genus, quod eſſe non poteſt. nam ſpecies poteſt eſſe aliqua, quæ nomen generis habeat, ſed quod ſit aliquod genus, quod ad ſpeciem reducibile non ſit, eſt impoſſibile, vide quæ diximus in d. capit. 5. & ex his intelligere debes, quæ ponit ipſe *Zaſius in l. 2. in §. hac diſputatio ſupra de origine iuris.*

Secundo modo ſumitur ſecundum Zaſium, genus pro qualitate vel natura, vt in *l. quæſitum. in §. idem Celſus. infra de fund. inſtruct. & in l. 1. in §. ex hoc edicto, ſupr. nauta, caup. & ſtabula.* cum alijs, quæ ipſe allegat, & tunc genus magis ſpeciei naturam habet, cum ſpeciale quid oſtendit, & genus reſtrictum, nihil aliud ſit, quam ſpecies, vel indiuiduum, vt *in l. in ratione, in §. in certis, infra ad l. Falcid. & in l. ſi certos nummos, infra de verbor. obligat.* & ita dicimus huius generis, illius generis ſpecie, vel indiuiduo, ad quæ refertur, prius expreſſis.

Tertio modo ſecundum eum ſumitur pro 3
communicabili quadam qualitate, quæ his rebus accidit, quæ ſunt natura ſimiles, & numero, pondere, vel menſura conſiſtunt, has res in ſuo genere functionẽ dicimus recipere. & *Bar. hic* primo loco ponit hunc modum capiendi genus. tu clarius dic, quod in iſtis rebus nõ ratio rei datæ in ſpecie ſeu indiuiduo, ſuper quo contractus eſt geſtus, ſed generis habetur. ſufficit enim illius generis, vel ſpeciei ſit, licet alia res ſit omnino, & hanc ſpeciem pro genere ſumimus, vt infr. dicemus. nam & in his duobus capiẽdi modis (vt Zaſius inquit) genus ab ſpecie non differt, ſed intellige capiendo ſpeciem more Dialecticorũ & genus more noſtro, quod idem eſt. nam nõ genus dicimus quicquid ſub ſe continet plura indiuidua, ſpeciẽ autem alias ſumimus pro indiuiduo, quare autem nos alio modo ſumamus genus quam Dialectici & Philoſophi diximus in d. c. 5. quia nobis genus generaliſſimum non deſeruit, cùm in contractũ non deducatur, Philoſophi autem & Dialectici de indiuiduis non agunt, quod ſcientia comprehendi nullo modo poſſunt, vt ex Plato. docet *Porphyrius in ſuis inſtitut. in c. de ſpecie, & Ariſtot. de arte Rhetor. lib. 1.* inquit ſingulare infinitum eſt, & ſcientia comprehendi non poteſt. At iudices de indiuiduis cognoſcunt: cum facti quæſtio in iudicium eorum veniat, vt inquit *Papin. in l. 1. in §. calumniatus, inf. ad ſenatuſconſult. Turpil.* & diximus latè in lib. 1. in c. 1. Nam executio in indiuiduis verſatur, diſpoſitio autem circa ſpecies, more dialecticorum eas capiendo, quod apud nos genus eſt, cadere poteſt, ideo ſufficiunt nobis hi duo termini genus, & ſpecies, quæ apud Dialecticos ſpecies ſunt, & indiuidua, quia in his ſolis geri actus & exequi poſſunt, quod eſt maximè notandum, ſed redeamus ad contractus, qui in his rebus verſantur, quæ in genere ſuo functionem recipiunt, qui contractus mutui ſunt, quos *Paulus iuriſconſult. in l. 2. in §. mutui, ſupr. ſi cert. pet.* conſiſtere dicit in his rebus, quæ pondere, numero, menſuráve conſiſtunt. Quoniam earum datione poſſumus in creditum ire, quia in genere ſuo functionem recipiunt, per ſolutionem magis, quam per ſpeciem.]

Sed interpretemur hæc verba, & primo vi- 4
detur falſum quod hæ ſolæ res quibus mutuũ contrahitur, numero, pondere, vel menſura conſiſtunt, quia nihil eſt in natura rerum creatarũ, quod numero, pondere, vel menſura non conſiſtat, vt ad ſenſum patet, & dicitur *Sapientia XI.* Sol. illud verbum Conſiſtunt, non ſignificat quod ſubſtantia harum rerum tantum in hoc conſiſtat, & comprehendatur. hoc enim omnibus rebus cõmune eſt, ſed dicuntur ſpecialiter in hoc cõſiſtere, quia hoc modo cõmuni omnium gentium conſenſu expenduntur, ideo hoc quod alijs omnibus competit natura,

in

in his rebus versatur natura, & vsus, ideo hoc eis specialiter tribuitur.

5 Sed quid significant illa verba in genere suo functionem recipiunt, per solutioné magis, quam per speciem, *Zasius vbi supr.* hoc expeditum arbitratur, idque significare, quod in his rebus magis inspicitur quod formaliter fiat solutio ad pōdus vel mensuram, quam ad speciem & similitudinem. ideo acetuus frumenti in mutuum non cadit ad similitudinem, sed ad mensuram. Sed ego non puto, quod hoc voluerit dicere text. neque alia quæ *Zasius* dicit circa illum text. placent mihi, quia diuināt. ego clarius puto dici posse, quod & subsensit *Paul. de Cast.* quod hæ res per solutionem in genere suo recipiunt functionem per solutioné generis, vt idem genere, pondere, numero, & mensura soluatur, magis quam per speciem, quia per speciem non debet esse idem. si enim idem triticum in specie, vel indiuiduo, quod idem hic est esset restituendum, non consisteret mutuum: non enim hæc res functionem habet, per speciem, sed per cōsumptioné, quia species, vel indiuiduum perimitur, ideo non reciperet functioné. si idem corpus esset reddendum, denique eiusdé generis res solui debet, non tamen eadem species, vel indiuiduū, & hic est clarus intellectus illius text. & hoc probatur in *l. 1. in §. mutui, infr. de actio. & obligat.* ibi, quas res in hoc damus, vt fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis & qualitatis,] licet *Zasius* malè speciem pro similitudine accipiat, cū capi proprie pro corpore ipso debeat, de quo contractus initus est, & hoc apparet per textus rationem qui dicit: Nam ex cæteris rebus in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio inuito creditore solui non potest.] & ita in alijs rebus mutuū contrahi nō potest, quia non sufficit in eis solui aliam rem, licet sit eiusdem generis, mutuum autem & in his rebus quæ vsu consumuntur contrahi potest, quia recipiunt functionem in genere suo, licet non indiuiduo. non enim his rebus vti possumus, salua apud nos rerum substantia, neque sine consumptione, in alijs autem datur vsus salua rei substantia, ideo eadé res solui debet, in his autem est functio per solutioné generis, non per speciei restitutionem, & ita debes repetere per solutionem, scilicet eius rei eiusdem generis, magis quam per specië ipsam, & ex his intelliges quando hæ res possint vendicari, quę numero, pondere vel mensura consistunt, seu potius expenduntur. nā nisi in creditum itum sit legitime mutuo contracto, si extent corpora ipsa vendicabuntur, tanquā species, non vt quantitas, functionem recipiat, cū recipiat functionem parte volente credendo, non inuita, si enim ad certum corpus non dirigeretur vindicatio, impossibile esset eam cūpetere, cum dominium in corpore non in genere versetur, vt alias diximus, supr. isto tit. nec per alternationem sit ambulatorium, vide quæ diximus *sup. in l. cum quidam*, neque enim potest vendicatio, sicut neque dominium per incerta vagari, neque obstat text. *in l. qua de tota, in §. incerta, supr. de rei vendicat.* nam ibi neque dominiū est incertum, sed certum per rerum naturam, vendicatio auté ex iudicis sententia, in re certa exercebitur, ex iusta enim causa incertus libellus aliquando admittitur ex negotij progressu certificandus, vt *ibi & in l. 1. in §. quia autem, inf. quorum legato*, & ita bene loquuntur doctores cum gloss. *in l. cum fundus, in §. seruum tuum, supr. si cert. pet.* dicentes pecuniam, vel numos, vt speciem vendicari, id est vt corpus, non vt quantitas, id est quæ functionem in quantitate recipiat, non enim functionem recipit, nisi in creditum itum sit, & ita debes interpretari, licet *Zasius* male reprehendat gloss. & doctores.

Quarto modo sumitur genus secundū Bat. hic pro quotitate quadam, vt si debeatur 3. 4. vel 5. pars in genere alicuius rei pro indiuiso dicitur deberi in genere, ideo compensatio in his admitti potest hinc inde, vt *in l. 1. in §. pen.* vbi glo. notat, si pars hæredit. petat. & in alijs ll. allegatis à Bart. & ita functio potest in his dari, sicut in genere alio, vt si mihi debes seruum in genere, & ego alium seruum in genere debeā, fit compensatio, quia cū obligatio, non ad certum corpus vel ad certam corporis partem, sed ad vagam referatur, non potest esse species, vel indiuiduum, quia indiuiduum fixum immobile est, neque substantia vaga, quæ de vno ad alium possit transmigrare, vt animę Pythagoreę, licet male *Zasius circa fin. d. cap. 1.* reprobet gloss. Bartol. & doctores, quia doctores nostri bene dicunt, sed vt suprà diximus, apud nos genus dicitur, quicquid plura sub se continet indiuidua, quod verum est etiamsi indiuidua finita sint, & sub certis finibus conclusa, vt si quis ex seruis suis vnum leget dicitur in genere legatum seruum ex illis, quos testator reliquit: sic quarta vel quinta pars in genere dicitur, quia licet sit in eodem corpore, sunt tamen plures quartæ vel quintæ: ideo dicimus compensari, quia vagæ sunt illæ portiones non indiuiduæ, neque quod ipse dicit, quod assem non genus, sed totum nominamus, & eius portiones partes non species, quia verum est si partes ad totum referimus; sed si partes inter se cōferimus, vt quartam ad quamlibet aliam quartam, quælibet harum in genere quarta dicetur, cùm vaga sit, & quarta pars non ad vnam ad oculum demonstrabilem referatur, sed vaga sit, & licet genus per gradus diuidi possit, vt ipsemet *Zasius* docet, & sic expeditum, tamen nobis duo termini sufficiunt, vt diximus in c. 5. genus, & species, seu indiuiduū, & genus: quod de pluribus indiuiduis vagis denūtiatur, sed gradus ipsos distinguamus. Est genus supremū omnia sub se cōtinēs vt substātia, ens, aliud verò genus est nō ita generale, vt animal, tertiū vt homo simpliciter, quartū, vt homo ex his, qui sunt in hac ciuitate, quintum ex his qui sunt in hac domo, 6

& hæc omnia apud nos genera appellantur.
7 Sed quia priora in obligationem non deducuntur, nõ curamus de illis. Est vltimo species, seu, indiuiduum quod generi opponitur, & hoc indiuiduum aliquãdo sub alternatione cadit,& ita ad plura indiuidua ad oculum demonstrabilia,& nominatim expressa refertur, & ex his remanet clara hæc materia.est deniq; apud nos genus, quicquid sub se plura confuse,& non explicitè continet indiuidua, quibus possit verificari, & hoc continet in quotitate cuiuslibet rei,de qua *Bart.* loquitur. nam tertia pars huius domus pro indiuiso in tribus tertijs potest verificari, item in mille,immò infinitas tertias poteris conficere, quæ omnes different inter se addendo aliquid, vel adimendo particulas minimas in qualibet earum, vt ad oculum potest ostendi. nam vt inquit *D. Gregorius Nazianz. in orat. de humana natura*, Fieri nequit, vt bis eandem fluminis vndam traicias,sic neque etiam fieri potest,vt hominem quem prius videris, eundem postea conspicias,] sic immo multo magis. nam hoc est in difficili, si ex aceruo frumenti sumas partem tertiam , adimas ex illa vnum granum, & postea aliud granum adiicias,erit iam diuersa tertia, & ita in infinitum , infinitas tertias poteris constituere, sic poteris & infinitas dimidias constituere; & in omnibus assis partibus infinitas: quinimo nihil est, in quo magis vagari liceat, quam in partibus quotitatiuis , vt iniustissimè Zasius in his generis cadere non posse existimet, sed totum & pars, quod est diuersum à genere: sed errat, quia etiam apud nos sumitur totum & pars,ad similitudinem generis, & specierum. vt in §. *plebs instit. de iure natur. gent. & ciuil.* multo magis inter se dicetur pars quotitatiua in genere, cum in pluribus possit verificari, ex quo intelliges quantum nostri antiqui doctores ingenio præstent, & quantum intersit inter eos & recentiores, qui verbula quædam elegantia expiscantur, neque supradictis obstabit text. *in l. proponebatur, supr. de iudic.* & ea quæ ponit *S. Thom. 1. part. quæst. vlt. post Aristot. in 4. Metaphy.* nam non est eadem ratio in parte,quæ in toto, cùm diuisio potius ad rei destructionem pertineat,& est expressum in *l. inter stipulantem, §. sacram, in versic. Et nauis, infra de verbor. obligat.* sed redeamus ad materiam.

Sumitur ergo apud nos vnico & generalissimo modo genus, quod plura indiuidua sub se continet, vt sentit hic Cuman. quod si aliquid genus hoc sub se contineat, non est apud nos in consideratione,cùm non possit in obligationem deduci. neque enim substantia promitti potest, neque animal, quod genera sub se contineat, sed homo, equus, & similia,& alia genera, quæ solum indiuidua continent, ideo secundum rerum varias naturas, vel hominum destinationes, in contractum deduci possunt, vel non possunt, vt notatur in *l. legato generaliter, supr. de legat. 1.*

Et notandum est, quod aliud est legatum esse aliquid in genere, aliud ipsum genus.nam quando in genere legatur aliquid, vna res quo ad legati executionem comprehenditur, quãdo verò genus,omnes res sub genere comprehensæ. de priori specie lego seruum ex meis, de secunda lego seruos meos, quo fit vt si tibi legem seruum in genere, & Titio legem Stichum, in Sticho concurrere poteritis, quia vnicum tibi,vnicum Titio legaui,si verò tibi legem seruos meos, & Stichum Titio,qui erat inter seruos meos,Stichus à legato tuo videtur exemptus,vel detractus,quia generi per speciẽ derogatur,quando vni genus,alij species legatur,secus si in genere, & ita intellige text. *in l. domino Stichus, sup. de legat. 1.* licet difficilis sit illa dispositio.

His præmissis diuide text. vt per Bart. & nota quod est corruptus, & sic emenda ibi quantitate,& quantitatis,alias quotitate & quotitatis, ibi facto simpliciter non, alias non facto simpliciter.

Sed opponitur, quod text. videatur secum pugnare. quare enim admittitur cõcursus duarum causarum lucratiuarum in secunda parte, non tamen in prima, & tertia? Si enim ita scriptum sit in duobus testamentis Partem fundi, quem Mæuius habet lego Caio, ex altero tantum testamento cõsequi legatũ poterit Caius, non ex vtroque, licet Mæuij, vel sua esse desinat,etiam si Mæuius pro indiuiso suam partem haberet,& idem si homo in duobus testamentis legetur. nam ex vtroque Stichus solui non potest,quamuis semel solutus alienetur, sed si pars tertia simpliciter, non quæ Mæuij est fundi legetur, in duobus testamentis, tertia ex vno soluta si post alienetur, iterum ex alio testamento solui potest, sed cur tam varie? Respõdetur in prima specie, licet videatur esse legatum generis, cùm pars Caij sit pro indiuiso, tamen quia est facta demonstratio quo ad partem Mæuij,obstat regula de duabus causis lucratiois,& licet pars Mæuij cùm sit pro indiuiso, potius pars generica sit, quam specifica, tamen cùm facta solutione reducatur ad speciẽ, ea reductio ex priori solutione efficit, vt de ea & dispositis alterius testamenti intelligatur, sed in sequenti parte legatum genericum est, neque ad aliquam speciem est restrictum,ideo facta solutio non efficit, vt in eadem parte soluta concurrat vtrumque legatum : ideo cùm vagum sit omnino legatum,& genericum solutione non specificauit legatum alterius testamenti,ex quo non est solutũ, sed illius, ex quo est solutum:ideo si postea alienetur, illa pars iterum solui potest, quia nullo vnquam tempore necesse fuit concurrere in eademmet portione,neque vnquam fuit datus concursus demonstrabilis,cùm pars soluta pro indiuiso non restricto legato ad partem Mæuij,non potuit vnquã demonstrari; quando verò seruus legatus est,facta Stichi solutione ex vno testamento 8

mento ad oculum ostenditur res semel soluta, ideo & si alienetur idē seruus, ostenderetur bis solutus, si in eo solui posset, & esset bis ex causa lucratiua habitus, & hic est verus sensus, licet Dyn. quem *Bar.* refert hoc difficile existimauerit. sed vt penitus & clarius intelligas, considera, quod quando quota pars restringitur ad partem Mæuij, licet sit pro indiuiso pars Mæuij, tamen quacumque via pars Mæuij vagatur, semper in ea fit concursus: non enim potest pars Mæuij in vno testamento mihi relicta cōmigrari, quin eadem via sequatur pars in altero testamento, sub eiusdem Mæuij nomine, mihi etiam relicta, at quando non restringitur ad partem Mæuij, non est necesse concurrere.

Finge ex fabulis Pythagoreis infinitas huius corporis particulas, ita vt ingrediente vna istā particulam, aliam exeat neque concurrant. finge aliam animam coniunctam cum aliqua ex his animabus, ita vt vna sine alia vagari nō possit, dubium erit in qua particula hæ duæ animę vagentur, scimus tamen vtramque in vna particula versari, & ita reperto loco vnius, reperitur, & demonstratur locus alterius. & ideo si in secunda huius tex. parte fieret solutio in parte non pro indiuiso, sed facta actuali diuisione, & assignatione, non posset fieri amplius in ea solutio, quia non differret ea species ab illa specie in qua seruo legato deuētum est, ad Stichi solutionem. Ex his intelliges, quod licet pars Mæuij genus sit, quia est portio indiuisa, quæ vagari potest per infinitas particulas, tamen si duobus testamentis ea pars Mæuij legata sit, non potest diuersa res, sed eadem esse legata, in quacumque particula versetur, ideo se impediunt, & obstat regula de duabus causis lucratiuis, & ita etiam erit, si in secunda parte fieret solutio non pro indiuiso, & ita habes quartum casum vltra doctores.

Quintus casus potest esse, si homo mihi legetur in genere in vno testamento, & in alio idem homo, qui legatus sit in priori testamento mihi legetur. nam in ista specie, licet primū legatum generis sit, & videatur esse idem continere secundum legatum, tamen quia restrictum est, vitiatur legatum si ex priori testamento cōsequar seruum Stichum, vel alium quemlibet, adeo vt neque pretium eius mihi debeatur. Ex his collige multas regulas.

9 Prima regula sit, duæ causæ lucratiuæ circa eandem rem concurrere non possunt.

Secunda regula, vt dicta regula impediat eadem res dicitur, si legetur quota pars rei, quæ Mæuij sit, etiam si sit pro indiuiso, & etiam si semel soluta postea alienetur.

Tertia regula, non dicitur eadem res, si tertia, vel quarta diuersis testamentis relinquatur non facta restrictione aliqua.

Quarta sit regula, quæ ex supra per nos dictis colligitur, quod hoc verum est, non solum si tertia pars tribus testamentis relinquatur, verum si centum, vel mille testamentis id fiat, quia tertia pars non tet, sed millies potest considerari, vt supra docuimus, quod a nullo alio tactum reperies, ideo eadem pars si alienetur pluries solui potest.

Quinta sit regula, in istis speciebus, quibus non dicitur eadem res, si deueniatur ad solutionem actualem non pro indiuiso, impedit regula de duobus causis lucratiuis, quod ex tatione regulæ sequentis euincitur, vt supra diximus, quia iam eadem res ad oculum demonstratur, ideo in ea etiam alienata solutio iterum fieri non potest.

Sexta regula, si in genere homo duobus testamentis legetur in vno eodemque homine, ab vtroque fieri non potest solutio, etiam si solutus alienetur. Sed in alio homine fieri debet solutio, quia alias in eadem re ad oculum demonstrabili concurrerent duæ causæ lucratiuæ tempore solutionis.

Septima regula, si homo in genere mihi in vno testamento legetur, & in alio idem homo etiam mihi legetur, sed restricte ad eum qui altero testamento legatus est, efficit, vt impediat regula de duabus causis lucratiuis, adeo vt neque pretium mihi debeatur. patet, quia alius, quam mihi legatus non debetur, is autem qui legatur sub duobus titulis lucratiuis concurrentibus cadit, ergo legatum non debetur.

His expeditis oppo. cum Bar. cōtra primam partem tex. nam si legetur pars Mæuij, puta tertia, quam ipse habet pro indiuiso in duobus testamentis, etiam si ex altero soluatur, non continget liberatio ex altero, quia vbi res in genere duobus testamentis legatur, facta solutio ex vno efficit, vt illa pars solui iterum non possit, quia eximitur ab obligatione, sed non vt contingat liberatio, vt infra in tertia tex. parte, qui loquitur de seruo in genere legato: quin immo eadem res si alienetur, iterum solui potest, vt in 2. parte tex. Sol. hic demonstratio, quę parti adiecta fuit scilicet Mæuij, efficit de genere speciem, sicut homo est genus, sed ille homo est species, seu indiuiduū, & bene dicit *Bart.* quia vt inquit *Boëtius*, quod & *Zasius in dicto cap.* 1. refert, species fit quoties genus ipsum velut in quandam contrahitur portionem. 10

Sed oppono, illa pars, quam Mæuius pro indiuiso habet, genus est, vt diximus, quare ergo & mihi relicta non erit etiam genus? quare magis in me dicetur restrictionem constituere speciem ex genere, quam in Mæuio? respōdeo, in Mæuio genus est, sed in alio per relationem ad Mæuium non est genus, sicut ostendimus, si homo in genere legetur mihi & in alio testamento idem homo, hoc secundum legatum non est legatum generis, sed speciei, quia illa prima restrictio Mæuij non tollit, quin pars Mæuij pro indiuiso vaga sit, & generica, sed si adijciatur alia restrictio ad personam Mæuij erit species, vt diximus.

Rursus opponit Bar. contra istam partem regula de duabus causis lucratiuis non impedit, nisi vbi res possint ad oculum demonstrari, vt in secunda parte ; at hic non potest pars Meuij cum sit pro indiuiso ad oculum demonstrari, Bart. post Dyn. soluit, quod hic demonstratio operatur, ac si res possit ad oculum demonstrari, ita Bartol. defendendo Dynum satis obscure in tertia oppositione respondet, tu dic clarius, quod id, quod dicitur, quod opus sit, vt ad oculum demonstretur, vt intret regula de duabus causis lucratiuis, verum est si fieri potest, vt in diuersis partibus, vel rebus fiat solutio, sed vbi ita est factum legatum, vt non possit in alia parte fieri solutio, sufficit quod ad oculum per solutionem demonstretur, vel necessario demonstrari deberet concursus : ideo in secunda parte non sufficit demonstratio ad oculum, per solutionem, quia is fuit contingens, non necessarius concursus. Item & hæc est veritas, neque ibi per solutionem fuit ad oculum facta demonstratio, quia solutio fuit facta in parte pro indiuiso, si enim esset facta per diuisionem, non possit amplius ea pars solui, vt supra diximus per vltimam partem text. quæ omnino nota.

11 Opponit præterea *Bartolus*, quod possint ex diuersis testamentis plures causæ lucratiuæ concurrere, vt in *lege plane, in §. si eadem, in versiculo, sed si duobus, supra de legatis* 1. Solut. si primo soluatur æstimatio rei legatæ ex vno testamento, res ex alio testamento peti poterit, quia tunc cessat inconueniens, solutionis, cum bis idem non soluitur, quod est impossibile, vt est semel factum quod meum amplius mihi solui æstimatio autem differentiæ est clara, quia quando prius soluitur æstimatio petendo ex alio testamento, aliud peto, quam quod habeo: quando vero soluitur res, non restat quid possit peti, quia rem iam habet, æstimatio autem non est in obligatione, vt notatur *supra isto tit. in l. Lucius Titius in testamento in glo. in verbo relinqui*, & probatur in *l. debitor in fi. princip. infra titulo proximo*, ibi, nam neque pecunia peti potest, quæ non est legata,] & licet in hoc sit controuersia, quia *Bar. & alij* contrarium tenent, *in dicta l. plane, in § quod si rem*, tamen in controuersiam venit, quando pretio rem obtinuit, vt possit illud pretium petere ex alio testamento, sed quando rem ab initio obtinuit sine pretio aliquo, res est extra omnem controuersiam.

12 Sed contra prædictam solutionem, quod quando rem habuit à principio petere amplius non possit, secus quando æstimationem, quia priori casu rem quam habuit peteret; oppono, quia si hæc ratio esset vera, nō fieret distinctio, habuerit rem ex titulo lucratiuo, vel oneroso, cum si ex titulo oneroso rem habui, iterum eam petere possem, vt in *l. omnes cum l. sequent. & sequen. infra de actionib. & obligation.* ergo dicta ratio vera non est, & ita oppono, quod neque debeat admitti vt rem habitam ex titulo oneroso, iterum petere, ex alio testamento possim; quia semel effectum meum non potest amplius effici meum, neque peti, neque stipulari sine distinctione aliqua, sit effecta mea ex titulo oneroso, vel lucratiuo, vt in *l. nemo rem suam, infra de verbor. obligationibus. & in l. proprias res, C. de legatis*. Sol. aut ponis ante tempus secundi tituli, rem effectam fuisse meam actualiter vt ita dicam, & per traditionem & de hoc infra dicemus, aut non, sed titulos eit cumcurrere à principio, sed in executione, vt est necesse alterum præcurrisse, tunc si præcedat executio ex titulo oneroso, tunc quia non videor rem perfecte habuisse, cum aliquid mihi absit, scilicet pretium quod dedi, ideo est in quo secundus titulus aliquid possit afferre, scilicet id quod interest gratis accepisse rem non propter pecuniam, vt testator voluit, qui mihi legauit, & ita dissoluitur hæc difficultas. facit tex. *in l. sequitur, in §. tunc infra de vsucapionib.*

Sed opponitur quinto cum Bartol. quod etiam si prius consequatur quis æstimationem rei legatæ, duæ causæ lucratiuæ non admittantur, vt *in leg. huiusmodi, in § si Sempronius, infra de legat.* 1. Solutio secundum Bartolum hic & ibi, non obstat ille text. quia licet eadem res duobus testamētis ibi fuerit relicta, tamen ibidem videtur in secundo testamento habita ratio prioris, neque videtur multiplicari legatum voluisse, sed ex æquo præcedens, ideo nihil interest res, vel æstimatio soluatur. hæc est solutio Bartoli, in qua licet *Bar.* benedicat, tamen errat in hac oppositione rem distantem commiscendo, quia in hac materia de duabus causis lucratiuis, non de hoc quæritur, an bis, vel semel legatum sit, imo præmittendum est duo esse legata, vt non de voluntate, sed de potestate sit quæstio, vtrum posito duplici titulo fieri possit bis deberi, vel peti posse, non autem potest cadere quæstio, vtrum bis legatum manifesto exigi bis possit, in l. autē contraria, agitur de priori, scilicet de voluntate : denique si ibi constaret de animo duplicandi legatum, quod fieri potest, cum sit quæstio voluntatis, vt dicit *lex in ista l. Mæuio, in princip.* fieret eadem distinctio vtrum soluta fuit prius æstimatio, vel res, ideo quod Bar. ibidem de legatatio dicit, eandem interpretationem recipiet, quin imo si constitutione, de qua in *principio istius legis in versicul. sane*, admissum esset, vt in eodem testamento legatum bis factum bis datum intelligeretur, interpretandum esset secundum prædictam distinctionem, sed id admissum non est in eadem persona, quia bis idem promittens amplius quam semel non tenetur, vt in *l. qui bis idem, de verbor. obligationibus infra*. & ita hæc oppositio Bartol. nihil facit ad istam materiam, quia si pares essent termini voluntatis, esset idem quo ad legis dispositionem, & potestatē, licet enim credibile non sit eundem bis deberi voluisse, vt in principio huius legis, non tamen est impossibile, vt *in versicul. plane*, quo posito eadem

eadem diſtinctio fieret, & pro hoc eſt tex. in *l. quid ergo in* §. 1. *ſupra de legat.* 1. quam *Bar.* allegat vbi in ea ſpecie, in qua legatum bis factum in teſtamento valet de eodem quoad regulam cauſatum lucratiuatum inducatur idem, ac ſi in diuerſis teſtamentis ea legata fierent, de quo vide quæ infra dicam in quarta parte in quarta oppoſitione Bar. & facit regula text. *in l. ſingularia, ſupra ſi certum pet.atur*, de qua nos multa diximus in materia de cenſibus.

13 Item oppon. 6. cum Bartol. quod actio ſemel extincta, &c. dic vt per eum, quem ſequitur *Paul.* 3. *colum.* & *Imo.* ex quo nota, quod regulariter actio ſemel extincta non reuiniſcit, fallit ex cauſa, & tunc ſi reuiuiſcit, aut per prætorem, & erit actio vtilis, quia prætor non poteſt directo facere contra ius ciuile, vt *in* §. *quos autem, inſtitut. de bono. poſſeſſio.* aut per legem ciuilem, & tūc reuiuiſcit directa actio, quæ prius competebat. Bar. allegat leges ad hoc, inter quas allegat tex. in *l. differre in fin. infra de iure fiſci*, ſed *Imol.* dicit quod illa lex nihil facit, quia
14 actio ibi non fuit extincta ſolutione facta creditori, quia publicus debitor fiſco prius ſoluere debuit, ideo pecuniam repeti, & creditori directam actionem competere ablata pecunia admittendum eſt,] quæ actio ſecundum eum non fuit extincta, cum pecunia auocari poſſit, ſed errat *Imol.* quia etiam aliena pecunia ſoluta contingir liberatio ſequnta conſumptione, vt *in l. ſi his qui, & in l. alieni, & in l. Caſius infra de ſolu.* & ne de hac re contendamus, eſt tex. expreſſus contra *Imol. in l. ſed reuocata pecunia, eodem titulo de iure fiſci*, quæ continuando dicta *in dicta l. deferre, in fi.* dicit, ſed reuocata pecunia, in fideiuſſorem liberatum vtilis actio dabitur,] quomodo poſſit fideiuſſor in conſequentiam liberari, ſi principalis non eſſet liberatns? quare autem non reuiuiſcat directa in fideiuſſorem, ſicut in principalē, ſtatim dicemus. Sed opponitur pecunia illa ſoluta, non potuit liberationem parere, cum repeti poſſit, ſolutio enim, quæ repetitionem parit, parere liberationem non poteſt, vt in *l. cum is, in* §. 1. *ſupra de condictio. indebit.* vbi ponitur hæc regula, ſed reſpondeo illa repetitio conſtituto iure conceditur, & extraordinaria eſt, ideo ei non obſtar prædicta regula, & certe non illa condictio indebiti eſt, cum debitnm ſolutum ſit. ſed ex l. illa condictio datur, quæcumque igitur ea condictio ſit, ibi probatur opinio Bar. quod per l. ciuilem actio directa reuiuiſcit, & quod in *dicta l. ſed reuocata*, dicitnr vtilem contra fideiuſſorem liberatum dari, exponitur per gloſ. & Bar. vtilis id eſt efficax, ſed mihi non placet hæc expoſitio, quæ licet aliquando admitti poſſit, non tamen in hoc text. de quo agimus. nam dicitur hic vtilis reſpectu habito ad id quod prius de directa idem iuriſconſultus dixerat, ideo pro re hoc verbum pro contraria ad directam debet interpretari. quare autem contra fideiuſſorem vtilis detur, non directa, ſicut contra principalem debitorem, eſt quia in reſcripto dinorum fratrum; non fuit de fideiuſſoribus aliquid dictum, ſed per interpretationem ex mēte ipſius reſcripti hoc deducitur, ideo ex regula ordinaria vtilis actio non directa competit, cum ex mente non ex verbis legis producitur, vt nota in §. *fina. ad leg. Aquili. inſtitut.*

Sed opponitur quod imo directa etiam contra fideiuſſorem detur, nam pignora non ſunt liberata, vt *in l. Titius eodem titul. de iure fiſci*, quæ & acceſſoria eſt obligatio, ſicur fideiuſſoris. Solutio, ſi velimus dicere idem eſſe quoad pignora, vt vtilis non directa actio competat, ſicut contra fideinſſorem, non diceremus contra aliquam legem; ſed & ſi admitteremus directam actionem competere quaſi ipſo iure liberationem pignorum tex. excludar, non obſtabit ſupradictis, quia hæc pignorum obligatio licet acceſſoria ſit, tamen obligatio eſt, quæ in perſona principalis, ideſt circa res ad eum pertinentes verſatur: ideo nimirum cum lex in debitorem actionem directam reſtituat, & id expreſſum in lege ſit, vt quoad pignora id amitti poſſit, quia perſona obligati, de qua lex expreſſe loquitur, non mutatur, quæ omnia nota, quia doctores non ita interpretantur, & quælibet ſolutio defendit inductionem Bart. contra Ioan. de Imol.

SECVNDA PARS. 15

Tranſeamus cum Bar. ad ſecundam partem, & 1. & 2. oppoſitio Bar. ſunt claræ nec egēt examinatione, nota tamen quod legans partem non adiecta quota, dicetur dimidiam legare, vt *in l. nomen filiarum in* §. *fi. infra de verbor. ſignificatio.* ratio eſt quia naturaliter diuiſio fit in duas partes, quas ſi in æquales non facias, vt non facere debes, dimidium cōtinebunt. quare enim hæc pars debet eſſe melior, quam illa, & per contrarium, ideo æquales eſſe debent, quia diuerſitatis ratio reddi non poteſt. argu. *l. 3. in* §. *poſthumos ſupra de iniuſt. rupt.* tex. *in l. vetus, cum l. ſequent. de vino, tritic. & ole. legat.* neque plures diuiſiones facere debes, quia non dixit teſtator, ergo in prima debes ſubſiſtere, vt in *l. inter illa, in* §. *fin. infra de verbor. ſignifica.* ſed ſi diceret teſtator ſe aliquam partem legare cum in minima poſſit verificari, vt dicit glo. *in clem.* 1. *de foro competenti*, & latè *Tiraquel.* *in l. ſi vmquam, in verb. omnia vel aliquam partem, C. de reuoc. dona.* tunc vitiabitur legatum, cum ſit incertum omnino, & in milleſima parte poſſit verificari, vel infinite minori, ſicut de promiſſione animalis dicitur, quod dando muſcam liberatetur, vel tritici, dando granum, vel fundnm dando terræ palmum. vide *in l. legato generaliter homine, ſupra de legat.* 1. per doctores. ex quo intelliges, qnod legando partem aliqnam non refertur ad partes aſſis, quæ vltra duodecimam regulariter non protenduntur. nam ea compntatio tunc ſumitur quando de aliqua parte aſſis à teſtatore fit mentio non alias, cum poſſit quis in quaſcumque volueris plurimas vineas ſuam hæredi-

hæreditatem diuidere, vt dicit tex. *in §. hereditas in fin. instit. de hered. instit.* & ita non videtur in specie proposita, legata aliqua rei parte ad partem assis retulisse, alioquin saltem in duodecima, & sic in minimo legatum consisteret, vt in *l. si ita relictum, in § fin. supra isto tit.*

Item oppo. cum Bar. & accipio 4. oppositionem. probatur hic quod vbi non est concursus demóstrabilis ad oculum, in eadem re non impedit regula de duabus causis lucratiuis, sed contrarium probatur *in l. non quacumque in §.*
16 *fundus, supra de legat. 1.* in quo in vsufructu qui ad oculum demonstrabilis non est, duplex causa lucratiua concurrere non potest. *Bart.* respondit satis obscure, & forte est corruptus, & in effectu vult quod vbi ab initio est res legata certa demonstratione, licet nō possit ad oculū corporis demonstrari, sufficit vt demonstretur ad oculum intellectus, vt hic dicitur de parte Mæuij. quæ cū sit pro indiuiso, non monstratur ad oculū corporeum, ideo idem de vsufructu certi fundi designato, qui ad oculū intellectus monstratur non corporis, cum vsusfructus, sit ius incorporale. ideo infert *Bart.* quod si vsusfructus relinqueretur vnius fundi valens centum legaretur duobus testamentis, & solueretur ab vno vsusfructus fundi Seiani, & desineret esse meus, poterit mihi item vsusfructus eiusdem fundi solui; quia neq; ab initio is fuit designatus, neque vmquam potuit ad oculum demonstrari. hæc est Bart. solut. licet obscura, tu dic clarius, & verius, quia in aliquo errat *Bart.* vt ostendemus, quod dicta regula habet locum in re de sua natura ad oculum demonstrabili, in re vero quæ intellectu percipitur, sufficit quod sit demonstrabilis ad oculum intellectus, quod in eadem re vel portione vtraque causa lucratiua concurrat. quia quædam
17 res sunt corporales, quædam incorporales, corporales sunt, quæ sensu corporis percipiuntur, vt homo, fundus, aër, sonus, licet apud nos ea quæ tangi possunt corporalia, incorporalia vero dicuntur, quæ tangi non possunt ad sensum tactus referendo. nam & aërem istum quo fruimur incorporeum dicimus, quando non est tale corpus, vt comprehendi aut teneri possit, vt inquit *Origen. in proœm. peri archon*, quod fit, quia hic docendi modus sufficit iuriſconsulto, qui de moralibus magis, quam de Physicis tractat, & ita terminos suo vsui effingit, sicut & de genere, & specie diximus, denique operatur oculus intellectus in incorporalibus, quod in corporeis oculus corporis, quia quod operatur propositum, in proposito operatur, oppositum in opposito, vt est vulgare: & proportionis regula hoc exigit, cum similis sit harum rerum proportio, & ita est clara difficultas, quia ibi concurrunt in eadem re demonstrabili ad oculum intellectus, sicut de portione Mæuij, pro indiuiso, quam sufficit demonstrari esse eandem, quæ relinquitur eodem testamento oculo intellectus, licet corporis oculo, pars pro indiuiso videri non possit, quia in rebus corporalibus, vltima demonstratio est per oculum intellectus, ideo in eis hæc operabitur idē quod in rebus corporalibus & visibilibus demonstratio ad oculum corporis, quia vt inquit *Hippocrat. in lib. de arte*, quæcumque oculorum conspectum effugiunt, ea mentis oculis obtinentur, & superantur.

Sed quod *Bar.* vult, quod si in certi fundi æstimationis centum vsusfructus legetur duobus testamentis, si in fundo Seij mihi soluatur vsusfructus, eo amisso poterit mihi ex alio testamento eiusdem fundi vsusfructus dari, falsum est, & contra textū nostrum expresse: nam istud legatū generis si soluatur in certa specie, iterum solui species eadem non poteſt, vt dicitur hic de nomine promisso, neque differunt hæ species quod homo Stichus semel solutus semel videri potest, sed non vsusfructus fundi Seiani, quia res incorporalis est, quia hæc differentia, vt iam ostendimus, falsa est, cum oculo intellectus videatur, quia iam vsusfructus solutus est certus. ideo secunda pars text. non facit pro *Bart.* quia pars Mæuij soluta non est certa, quia pro indiuiso soluta est, vt iam diximus, secus esse si diuisio facta esset, quia in eadem portione diuisa non posset iterum fieri solutio.

TERTIA PARS.

Bar. transit ad tertiam partem, & opponitur primo, hic dicitur non idem &c. oppon. quod imo & idem sit, quia hic sicut & in versic. præcedenti, vna solutio non tollit aliam obligationem. Sol. secundum *glo. & Bartol. hic* non tollitur alia obligatio, impeditur tamen solutio in re semel soluta, quod non fuit in præcedenti versic. denique potestas solutionis variatur in his duobus versiculis, non tamen concursus obligationis magis, quam ibidem hic impeditur, quæ obligatio non consumitur nisi per exactionem, etiam si actum sit in iudicio. vide *tex. in l. si is qui Stichum, infra de actionib. & obligatio.* vbi tex. inquit, Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, hæres extiterit ei cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamēto Stichum petierit, non consumet stipulationem, & contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento saluam habebit, quia initio ita consistunt hæ duæ obligationes, vt altera in iudicium deducta, altera nihilominus integra remaneret.] & iste est verus intellectus ad istā legem, nam intellectus glos. & docto. ibi & *Bar. infra in 6. col. 4. opposi. & Fabr. in §. si res aliena in fin. instit. de legat.* verus non est, & hic noster singularis intellectus probatur ex *l. sequent. quæ incipit ex promissione*, vbi *idem Iulian.* vtriusque legis autor considerat exactionem, seu realem adimplementum, dum bis dicit, Ex lucratiua causa rem habere cœperit,] quasi petisse non sufficeret, si rem nondum habere cœperit, quod etiam probatur in *§. si res aliena, instit. de legat.* 18

legat. ibi, nam si rem habet,] & sentit *glo. hic in verbo non idem.* & *Alber.* & tex. hic soluta parte,] & ibi solutio,] & ibi, soluēre altero,] & *in l. omnes debitores, infra de actio. & obliga.* ibi, peruenisset,] & hunc intellectum reperio sentire *Cuia.* vt infra dicemus.

19 Item contra illum tex. oppo. Bar. quod imo ex duplici obligatione generica possit eadem res bis solui, vt in *l. si quis duos, infra de solution.* *Bar.* respondet quod ille tex. loquitur in quantitate, vel in his rebus, quæ recipiunt functionem in genere suo, quia in quātitatibus regula de duabus causis lucratiuis locum non habet, vt in *l. Titia Seio infra isto titul.* Sed notandum est, quod iste intellectus ad dictam l. verus est quantum ad secundum responsum, sed in primo responso ponitur exemplum in seruis promissis, in quibus non ita functio cadit, & tamē dicitur quod si in genere debeatur seruus, in

20 vno eodemque potest fieri solutio, & ideo *Bar.* transit ad aliam oppositionem, *d. l. qui decem in §. Stichum, infra de solutioni.* in qua probatur idem quod *in dicta l. qui duos in princip.* quod si seruus solutus desinit esse meus, poterit interim solui, *Bart.* ponit suam resolutionem, & dicit quod si ambæ causæ sint lucratiuæ, non possit fieri solutio in eadem re, vt duæ obligationes genericæ dissoluantur, si vero vtraque non sit lucratiua, possit de æquitate in eadem fieri solutio, vt ibidem in legibus contrarijs, non tamen de rigore, vt *hic Alberic.* hoc clarius ponit, quam *Bar. in lectura huius* §. quæ per errorem est posita sub *l. vnum ex familia in col. 2. & Paul. in col. fin.* mihi certe non potest placere iste intellectus, & certe verius est quod *Marcellus* cuius est *dicta lex, si quis duos, & dicta l. qui decem*, fuerit diuersæ opinionis, quam erat *Papinianus hic*, & tamen videamus si possint aliquo modo conciliari.

De intellect. l. qui decem §. Stichum de solut.

Et in primis videamus sigillatim ea quæ in *dicta l qui decem Marcellus* voluit, est enim Marcelli illa lex, licet in aliquibus libris suprascribatur *Martianus*, sed in digestis *Cuia.* recte scribitur *Marcellus in lib. 20. digestorum*, cum Martianus libros digestorum non scripserit, licet scripserit notas ad Marcellum, & primo voluit stipulationem alternatiuam Stichi, aut Pamphili, cum stipulantis est Pamphilus in solo Sticho consistere, adeo vt etiam si desinat esse stipulantis, solui Pamphilus non possit, & in hoc concordant omnes iurisconsulti: nam & hoc necessario ex Papiniano hic colligitur per argumentum necessarium vt infra dicemus statim. hoc voluit *Paul. iurisconsultus, in l. si duo rei stipulandi in 2. responso infra de verborum obligationibus.* ibi, eadem ratione in eo, qui Stichum, aut Pamphilum stipulatur, si in vnum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiam si desierit eius esse, non recte soluitur, quia vtraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem,] & *Marcellus in dicto §. Stichum* idem dicit, & videtur etiam eandem constituere rationem, dum inquit Stichum, aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus, neque si meus esse desierit liberabitur promissor Pamphilum dando, neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, neque obligatio neque solutio.] Ecce quod obligatio in eo non consistit, ideo non potuit constare solutio, cum potius ad obligationem ponatur, quia in alternatiua vtraque in obligatione ponuntur, vt in *l. illud, de constitut. pecun.* vide glos. ibi not. quæ allegat alias leges, quæ hoc probant, præcipue *l. cum hereditas infra qui, & à quib.* Secundus casus est cum homo promissus fuit in genere, & stipulator eo tempore erat dominus Stichi, si postea alienus Stichus fiat poterit solui Stichus, vt liberetur promissor dando Stichum, inquit tex. Sed si ei, qui hominem dari stipulatus est, vnum etiam ex his, qui stipulatoris serui erant dando promissor liberabitur,] & multo magis si postea stipulatoris efficiatur, cum non esset tunc stipulatoris poterit alienus factus postea solui, vt idem Marcellus voluit in *dicta l. si quis duos*, inquit, Si quis duos homines promisit, & Stichum soluit, poterit eiusdem Stichi dominium post consecutus dando liberari.]

Sed contra hoc argumentatur *idem Marcellus in dicto §. Stichum*, si quis stipuletur hominem in genere ex his, qui sui non essent, non posset ei solui Stichus, qui tunc suus erat, licet suus esse desierit, sed vi quidem ipsa hoc videtur factū, licet dictum non sit ex his, qui sui non essent, ergo vera non est dicta conclusio, quod stipulato homine in genere possit solui Stichus, qui tempore stipulationis stipulatoris erat, videamus verba Marcelli secundum Cuia. communem literam, Vi quidem ipsa inquit, & hic ex his dari stipulatus est, qui eius non erant.] Ratio potest adaptari huic argumento, quia potius quis quod non habet stipulari videatur, quam quod habet, subsequitur comprobatio argumenti. fingamus ita stipulatum hominem ex his, quos Sempronius relinquet, dare spondes? cum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquem stipulatoris fuisse, non mortuis duobus, qui alterius erant, superterit vlla obligatio? videamus, & magis est deficere stipulationem.]

Ecce argumentum vbi in seruo qui erat tempore stipulationis in dominio stipulantis. non potest cadere solutio, neque obligatio, etiam si ad eum solum redigatur, ergo idem in specie proposita, quod limitat, nisi obligatio deueniat ad vnum eo tempore, quo iam ille non erat stipulatoris, inquit enim, nisi ante mortem duorum desierit seruus esse stipulatoris.] Hæc omnia comprobant dicta priora, potius quam impugnant, quia ex his colligetur obligationem numquam consistere posse in seruo proprio stipulatoris, & ita neque solutio, sed in alternatiuis inest obligatio, in genericis vero non consistit obligatio, cum nullus sit in obligatione, ergo bona est prædicta distinctio fa-

facta

cta per Marcellum, cui consonare videtur ratio Paul. in *dicta l. si duo rei supra relata.*

Sed huic dicto ex diametro videtur repugnare *Papin. in isto §. duobus* t. In eo quod dicit quod homine generaliter legato non possit solui is, qui erat legatarij, licet postea desinat esse. Secundo in eo, quod etiam si alienus foret, si legatarij efficiatur, etiam ab eo alienatus solui non possit, & quod fiat regula, quod in eo in quo non potest obligatio ab initio consistere, numquam poterit fieri solutio.

Ista est difficillima oppositio, sed videamus an solui possit, & quod ad tex. in *dicta l. Stichum*, circa legatum serui in genere attinet, puto dici posse, vt non contrarietur Papiniano, quod resolutio, & sententia Marcelli ponatur in fin. tex. ibi, & magis, vbi fatetur *Marcellus*, quod nō possit in seruo, qui proprius fuit, fieri solutio nisi in casum, quem ibi ponit, scilicet in obligatione conditionali, conditionalis enim est illa
21 stipulatio, hominem ex his, quos Sempronius relinquit promittis, vt *in l. Stichus qui meus erit, supra de legat.* 1. tunc quia conditionalis est stipulatio, possit fieri solutio in eo, qui fuit stipulantis, quia cum conditionalis fuit & ita futurum respiciens, non videntur exclusi ab ea serui, qui tunc stipulatoris fuerunt. faciunt quæ diximus *in l. 2. de liber. & posthum.* circa interpretationem *cap. quoniam Abbas.* & hoc probatur per ipsum Marcellum in *l. existimo, infra de verbor. obligatio.* qui putat in obligationibus conditionalibus regulas istas impeditiuas non nocere, ideo neque tex. in *§. Stichum, in primo responso* in conditionali promissione procedit, si Pamphilus antequam conditio adueniat, stipulatoris esse desierit, sed quare cum *Marcellus in dict. l. existimo*, tenuerit in conditionali stipulatione non habere locum dictam regulam impeditiuam, subdit si ante mortem duorum decesserit seruus, &c. quia sufficit quandocumque desinat, etiam si vnicus esset in conditionali stipulatione, vt in *dicta l. existimo*. Solut. hic erat eo tempore iam stipulatio purificata, & ideo in ista specie deficit stipulatio, cum ad seruum proprium sit redacta, sed contra si erat purificata, ergo etiam si non sit redacta, quia non potest consistere stipulatio etiam si sint plures in seruo meo, vt dixi in stipulatione pura. Sol. illud verum in illa quæ semper fuit pura, sed in ea, quæ ab initio fuit conditionalis potest solui, & seruus, qui fuit meus etiam tempore impletæ conditionis, nisi ad eum solum sit redacta obligatio, quia cum ab initio sub obligatione fuerit comprehensus ratione conditionis, conseruatur facultas soluendi in eo, nisi ad eum existentem meum fuerit redacta obligatio, iam conditione purificata, quod est singulare.

Sed dices tu, hæc omnia videtur destruere tex. in *dict. l. si quis duos de solutio.* vbi *Marcel.* inquit, si quis duos homines promisit, & Stichum soluit, poterit eiusdem Stichi dominium postea consecutus dando liberari.] Ecce tex. in quo in stipulatione pura seruus effectus meus potest mihi solui, si desinat esse meus, sed huic tex. possumus eleganter respondere, imo comprobare ex eo supradicta, quod ibi ideo potest in obligatione pura solui is seruus, qui meus effectus est, si meus esse desinat, quia in eo obligatio ab initio consistere potuit, quia tempore stipulationis alienus erat, sicut dicimus, quod conditionalis consistere potuit in proprio: ideo cum ab initio substiterit obligatio semper si meus esse desierit, solui poterit. & hic est singularis, & verus intellectus illarum legum, quem nullus hucusque est assecutus. sed dices me non respondere ad istum tex. in *isto §. duobus*, qui omnia dicta destruit apertissimè: nam quemadmodum ab initio non consistit in his, quæ legatarij fuerunt, ita frustra soluitur, cuius dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desierit.] Ecce quod nihil interest subsistat ab initio in eo stipulatio, vel legatum, vel non subsistat, si postea stipulantis, vel legatarij efficiatur.

Sed amice, licet difficilis videatur oppositio & insolubilis, adhuc animus in eadem sententia quiescit, & pro solutione considera, quod tam *Marcellus*, quam *Papinianus* rectissime locuti sunt, quilibet in sua materia. nam ea, quæ dicta sunt ex Marcello in his vltimis speciebus recte procedunt, nisi regula de duabus causis lucratiuis, de quibus *Papinianus* loquitur, obstaret, nam recte seruus mihi bis, & ter solui poterit, & hoc ex Marcello verum est, nisi causæ duæ lucratiuæ concurrant, quia si concurrant duæ causæ lucratiuæ, in eadem re ad oculum demonstrabili, licet consisteret stipulatio, vel legatum, non tamen consistit solutio, vel executio, vt dictum est, & hæc est veritas, & clara resolutio. quod si instes quod *Papinianus* hic de subsistentia legati loquatur ibi, & quemadmodum ab initio non consistit in his, qui legatarij fuerunt: quia respondeo, quod hæc comparatio sic habet, quemadmodum in re propria legatarij non consistit legatum, quia res propria nemini legari potest, ita si efficiatur legatarij ex titulo lucratiuo numquam ei, etsi desinat esse sua, sibi deberi potest, quia executione priori ex titulo lucratiuo excluditur aliud legatum, sicut ab initio excluderetur indistincte si res esset sua, etiam si desierit esse sua. ex his igitur collige sequentes conclusiones.

Prima sit in legato, vel stipulatione alterna- 22
tiuis Stichi, aut Pamphili, si Stichus sit seruus stipulantis, vel legatarij, non consistit in eo stipulatio, vel legatum ab initio, ideo etsi postea alienus fiat, non comprehenderur, vt in *dicto §. Stichum, & in dict. l. si duo rei.*

Secunda conclusio contra erit, si stipulatio vel legatum sub conditione fiant, quia solui poterit, si sit alienus tempore conditionis, vel etiam proprius, si ad eum solum nō sit ex morte alterius, vel aliorum redacta obligatio, quia

tunc

tunc non consistet in eo purificata stipulatio, nisi ante conditionis euentum fuerit alienus, vt in *dict. §. Stichum, in fin.*

Tertia conclusio, Si stipulatio, vel legatum sint generica, non obstat, quod seruus fuerit postea effectus, vt mihi postea alienus factus solui possit, vt *in dicta l. si quis duos*, qoia ab initio consistit in eo stipulatio, vel legatum.

Quarta conclusio, Si fiat stipulatio, vel legatũ hominis in genere purè, seruus, qui erat stipulãtis, vel legatarij, non poterit solui, etiam si eius esse desinat, vt hic in vers. eadẽq; ratio, &c.

Quinta conclusio, Licet seruo generaliter in legatum, vel stipulationem deducto, possit mihi solui seruus qui alienus eo tempore erat, quamuis medio tempore fuerit proprius, vt dictum est in tertia conclusione, tamen si ambæ causæ sint lucratiuæ, facta semel solutione deficit legatum vel stipulatio. etiam si meus esse desierit, vt hic.

Posset etiam dici loco tertiæ conclusionis, vt in generica obligatione seruus stipulaotis, vel legatarij possit solui si suus esse desierit, vt in *dict. §. Stichum*, intelligendo etiam in puro, & quod ibi *Marcellus* ponat illam resolutionem firmiter in versic. sed si ei, tamen id verum sit, nisi regula de duabus causis lucratiuis id impediat, & ita non obstat hic text. quia loquitur ad causas lucratiuas, sed melius est dicere. vt *supra propter versicul. quemadmodum.*

Vltimo pro plena ioterpretatiooe *d. §. Stichum, aut Pamphilum*, nota quod in *versic. fin. illius §.* ponitur quædam species, quæ est in ambiguo, vtrum genericæ, vel alternatiuæ speciei tribuatur; si quis ita stipulatus hominẽ ex his, quos Sempronius reliquit, etsi in futurum cõcipiatur, dubium non est genericam esse conceptionem, cùm ad infinitos sit apta referri. Sed si ita coocipiatur, ex ijs quos Semptonius nunc habet, potius videtur alternatiuam esse stipulationem. sed si rem paulatim deducas, parum aberit quin hæc alternatiua genericæ non cedat, vt si ex hominibus, qui sunt in ista ciuitate, & si vltra progrediaris ad diœcesim, prouinciam, vel regnum, & paulatim admittemus, vt nihil nisi nomine à generica differat, sed res hæc temperanda est, vt non ad certi domini seruos admittatur. nam licet quæ differunt inter magis & minus non soleat mutare speciem, vt in *l. fin. infr. de fund. instruct. instrument.*
23 *quod legat.* tamen id verum est, quando id contingit ex extensione, aut restrictione vnius formæ, sed si id fit propter formas diuersorum graduum contra est, quia diuersificantur species, vt dicit *S. Thomas in 1. part. in q. 50. in 4. ad secundum*, & licet id reprobet *Zasius in dict. l. 1. fin. gula. intellect. in c. 2. in princ.* tamen errat *Zasius*, & bene dicit *S. Thom.* & habemus exemplum clarum in seruitute itineris, actus & viæ, quæ sunt seruitutes diuersæ speciei, & tamen solum differunt secundum plus, & minus, quia habent formas secundũ suas mensuras & gradus, quos partitur *Alexander ab Alexandro, dierum genial. in lib. 2. in c. 20.* vt iter sit dimidium actus, actus verò dimidium viæ, via autem lege 12. tabularum in porrecto octo, in anfractu pedum sexdecim constituantur. vide latè per eum. Sic inter obligationem alternatiuam, & genericam dicemus, quæ sunt diuersæ speciei, neque vna sub alia formaliter comprehenditur, vt in *l. per iusiurandum, in §. 1. & 2. de acceptilat.* & quæ infrà dicemus circa *illam l. in §. si is qui hominem.*

Item oppo. Bart. contra nostrum textum, in quo dicitur oratioois compendio, sed hoc falsum est, quia in generico legato, vel promissione indiuidua, non est in obligatione certus seruus, sed determinandus per solutionẽ, omnes tamen sunt in potestate solutionis, vt hic notat 24
gloss. & Bart. & communis opinio doctorum, & notat *glo. in l. cum is, in §. fin. de condict. indeb. sup.* & videtur probari in *l. si stipulatus sum, in §. qui decẽ, inf. de solut.* & hoc tenent *dd. in l. 2. in §. 1. infr. de verbor. oblig.* vbi *Ias. in num. 31.* dicit communem opinionem. oon obstat tex. noster, quia singuli homines continentur aptitudine & potestate soluendi, licet *Zasius in dict. c. 1.* defendere velit omnes esse in obligatione per textum no-
strum, & per textum in *l. cum incertus, supr. de legat. 1.* quæ nihil facit, dicit enim perinde, & per 25
textum in *l. iusiurandum, in §. si is, qui hominem, infra de acceptilat.* vbi inquit *Vlpian.* Si is, qui hominem stipulatus est, Stichum accepto tulerit, Iolianus in lib. 54. digestorum scripsit, acceptilationem aliquid egisse, tulisseque totam obligationem.] ecce quod obligatio non solum quoad hominẽ acceptilatum, sed quoad omnes sublata fuit, omnes ergo erant in obligatione: sed hæc consequẽtia, tota obligatio fuit sublata, ergo omnes erant in obligatione est redire ad id, de quo quærimus. quia verum est solutione cuiuslibet, vel acceptilatione tolli totam obligationem, quia solutionis potestate omnes veniunt. imò si rectè aduertisset *Zasius*, ille text. manifestissimè probat conclusionem commonem, quia acceptilatione Stichi repræsentatur & restringitur ad Stichũ nouata in eo obligatio, ideò breui manu Stichi facta promissione fit obligationis dissolutio. nam in acceptilatione vel nouatio expressa præcedit, vel effectus eius repræsentatur, nisi vbi indiuiduæ eius rei, quæ erat in obligatione, pars tantũ accepto feratot. vt in *l. qui hominem, eod. tit.* ideo si nõ per acceptilationẽ, sed per pactum homine promisso paciscar de non petendo Sticho, potero quemlibet aliũ præter Stichum petere, vt in *l. si vnus, in §. sed si generaliter, sup. de pact.* vbi inquit *Paul.* Sed si generaliter mihi hominem debeas, & paciscar ne Stichum petã, Stichũ quidem petendo pacti exceptio mihi opponetur, alium autem hominem si petã, rectè agã. Ergo Stichus non erat in obligatione, quia si esset vt in alternatiua, sublata esset obligatio. vt in *l. si vnus, in §. sed si stipulatus*, vbi inquit, Sed si stipulatus decem, aut Stichum, de decẽ pactus sim,

& petam Stichum, aut decem, exceptionem pacti conuenti in totum obstaturam. nam vt solutione & petitione, & acceptilatione vnius rei tota obligatio solueretur, ita pacto quoque conuento de vna re non petenda interposito totam obligationem submoueri.] Ecce textum expressum, quo probantur hæc, primo quod pactum conuentum de non petendo vnam ex rebus existentibus in obligatione, totam obligationem perimit. Secundo quod quoad res existentes in obligatione pactum non differt quoad comprehensionem ab acceptilatione.

Tertium iunct. *dict.* §. *& generaliter*, quod interest inter obligationem genericam, & alternatiuã, quia in hac vltima omnia sunt in obligatione, non in prima, & ita intelliges Zasium malè prædictas ll. intellexisse.

26 His expeditis Bart. transit ad oppositiones, quæ directè respiciunt regulam prohibitiuam de duabus causis lucratiuis, & opponit quod duæ causæ lucratiuæ tituli, vel obligationis cõcurrere possunt, quia hic concurrunt tituli, & obligationes. nam textus vult quod solutione vnius ambo sunt liberati, ergo obligati erunt ambo. vt *l. decem, de verb. oblig.* ergo duæ obligationes, & plures ex causis lucratiuis concurrere possunt. Solut. secundum Bartol. verum est quod concurrunt, sed non ad effectum solidæ exactionis, vt hic.

Secundo oppo. quod imò quod concurrere possunt, quoad solidam exactionem, vt in *lege existimo, inst. de verbor. obligat.* Solut. ibi non concurrunt, quia altera erat conditionalis, ideò diuersis temporibus cadunt, non eodem.

27 Sed oppo. tertio, quod hæc solutio sit contra omnem rationem. potius enim multorum titulorũ admittitur concursus, quam successio vnius post alium diuersis temporibus. nam res potest esse mea ex mille causis concurrentibus, vt *in l. 3. in* §. *ex pluribus, de acquir. posses.* vbi gloss. & communiter doctores. Sed si ex vno titulo semel fiat mea, non possunt alij tituli superuenire, vt in *l. nemo rem suam, de verbor. obligat. & in l. proprias res, C. de legat.* neque distinguitur causa onerosa à lucratiua, quia siue ex emptione, siue ex legato fuerit facta mea non potest mihi amplius legari, neque vendi, neque promitti. Solut. aut quærimus de multiplicatione titulorum quoad acquisitionẽ dominij simpliciter, & procedit materia dictarum legum, vt possint concurrere eodem tempore, non diuerso, aut loquimur quoad multiplicem exactionẽ, & tunc concursus tituli eodem tempore prodest, vt executio non impediatur simpliciter, si titulus alter non sit lucratiuus. Si verò sint lucratiui omnes, dummodo non concurrat in re eadem ad oculum demonstrabili, idem erit, vt possit pluries peti, si verò tituli diuerso tẽpore superueniant, non poterunt efficere, vt pluries soluatur, si tempore quo contrahitur obligatio pura, vel si conditionaliter, si eo tempore quo cedit obligatio, reperit rem in domino meo. vt in *d. l. nemo rem suam*, in qua nulla est facienda distinctio inter titulos lucratiuos, & onerosos. vt *in l. cum res, & in l. si mater, C. de contrahend. empt.*

Item oppo. *Bart.* quarto quod possunt concurrere duæ causæ lucratiuæ, etiam ad effectũ solidæ exactionis. vt *in l. si is qui Stichum, infr. de action. & oblig.* glos. & *Bartol.* respondet quod id procedit quando habuerunt dictæ causæ originem in personis diuersorum, quia tunc non obstat regula de duabus causis lucratiuis, vt ibi: secus quando in persona vnius vt ibi. nam ibi Titio Stichus debebatur ex stipulatione, idem Stichus debebatur Caio ex testamento, si Titius hæres sit Caio ex vna causa agens, non cõsumit alteram actionem, sed hic intellectus mihi placere non potest, quia licet habeat originem in persona duorum, immediata tamen causa in persona vnius cõcurrit, sed verus sensus est quem nunc apud Cuman. reperio. in *l. si à pluribus, in* §. *id quod supr. de leg. 1.* quem nos non viso Cuman. suprà posuimus, & latissimè, quod text. non loquatur de exactione, sed de actione, quia verum est quod agere ex vna causa nõ efficit, vt altera consumatur, sed exactio hoc efficit, de qua text. ille non loquitur, nõ obstat, quod tex. videatur constituere vim in eo, quod dicit, Quia ab initio ita cõstiterint hę duę obligationes, vt altera in iudicium deducta, altera nihilominus integra remaneret.] quod videtur probare solutionem Bart. nam dico, quod ibi consideratur hoc, non ratione solius causæ lucratiuæ, quia ad hoc non erat in hoc vis, sed in eo, quod non fuit facta exactio, sed consideratur, quod debitor vtriusque causæ erat idẽ, & debebat eidem, in qua specie videbatur sine exactione etiam consumpta obligatio, agendo ex vna causa, quia certum est facta executione ex vna, eundem fore ex alia liberandum, ideo frustra executio expectabitur, quod non est quando debitores sunt diuersi, quia petendo ab vno considerari possit vtilitas, cùm si ante exactionem ab isto, exegero ab alio, vel is voluntariè mihi soluat, sequitur prioris liberatio, sed nihilominus in hac specie non consumitur vna causa, nisi per exactionẽ, quia licet sit debitor vnus vtriusque obligationis, tamẽ ea res habuit originẽ à duobus. nam quod idem met mihi vendat, & donet, eodem tempore fieri non potest, & licet plures tituli cõcurrere possint, non tamen in persona eiusdem debitoris, nisi ea res habuit originẽ à duobus, quod valdè singulare, nec l. per doctores ita explicatur.

Neque obstat text. quem Bart. allegat. & videtur expressus pro eo in *l. si seruus legatus, in* §. *1.*
vbi si in personis diuersorum habet originem 29
obligatio, vt si mihi & seruo meo à diuersis legetur aliqua res, ex vtroque exigere possum, neque obstat causa de duabus causis lucratiuis inquit textus, Si id quod ex testamento mihi debes, quilibet alius seruo meo donauerit, manebit adhuc mihi ex testamento actio, & maximè si ignorem meã factam esse, alioquin

Intellect. l. si seruus legatus, §. 1.

consequens

conſequens erit, vt etiam ſi tu ipſe ſeruo meo donaueris eam, inuito me libereris, quod nullo modo recipiendum eſt, quoniam ne ſolutione quidem inuito me facta liberatis.]

Sed licet ille text. videatur probare Bart. ſententiam, & communiter eam doctores ſequantur ſecundum *Iaſon. in l. quid ergo, in* §. 1. *ſupr. de legát.* 1. tamen ibi eius opinio non probatur, immo magis probatur contraria, vt ſtatim dicemus: & verius eſt idem eſſe quo ad regulam de duabus cauſis lucratiuis, ſi mihi in duobus teſtamentis legetur, vel mihi, & ſeruo, & hoc expreſſum videtur in *l. quid ergo*, in §. 1. *ſupr. de legat.* 1. qui cōparat, ſiue ex duobus teſtamentis cauſæ lucratiuæ procedant, ſiue in eodem, ſi à duobus hæredibus in ſolidū legetur, ſiue mihi ſoli, & ſeruo, vel filio meo legetur, inquit *Vlpianus*, Si quis duos hæredes ſcripſerit & damnauerit vnumquemque ſolidam rem legatariu præſtare, idem eſt atque ſi duobus teſtamentis legatum eſſet. nam & ſi mihi & filio, vel ſeruo meo eſſet eodem teſtamento legatum, ſine dubio valeret legatum vtriuſque, vt & Marcellus apud Iulianum adiecit.]

Neque poteſt dicere, quod in hac ſpecie poſſit vtrumque exigere, quia hoc verum eſſe non poteſt, cùm in præcedenti caſu id non admittatur, & text. vult has ſpecies eſſe eiuſdem rationis, licet hæc poſterior minus ſit dubitabilis. conſtat ergo ibi legatum, & obligatio ex ambabus cauſis, ſed ex vna ſola exactio fieri poteſt, vt ſentit hic *Ioan. de Imol.* & expreſsè *Cuman. in l. ſi pluribus, in* §. 1. *ſupra de legat.* 1. & quod opinio hæc potius ibi probetur, quam Bartol. apparet ex verbis text. quia text. vult remanere integram actionem in perſona domini, non quod bis debeat fieri ſolutio, ſed quod inuito domino id, quod ſibi debetur, ſeruo ſolui non poteſt, quod admitteretur, ſi debitum domino ex titulo lucratiuo ſeruo donari poſſit, ideò idem conſtituitur ibi in duobus titulis, quod in vno ſolo conſtitueretur. nam ſi domino ſoli deberetur, ſeruo ſolui non poteſt: non ergo eſt intentio text. vt bis debeat ſolui, ſed vt vna ſolutio legitima fiat, & hoc euincitur ex gloſſ. elegantiſſima illius text. vbi *Accurſius ſuper verbo ex teſtamento*, ita inquit: nam per ſeruum meum, deterior mea conditio fieri non poteſt, item hoc niſi in rem meam ſit verſum, vel niſi habui ratum, & allegat *l. cum ſeruus, ſupra eod. tit.* ſed debuit dicere *l. cum incertus*, ecce quod gloſſ. voluit, quod ſi legitimè eſſet facta ſolutio, quod non procederet ille textus in *dict. l. ſi ſeruus*, licet in §. *ſi res aliena, inſtit. de legat. in verb. in eundem*, dum allegat *l. qui liberis*, intellexerit ſecundum diſtinctionem quam Bart. ſequitur.

Sed certè expoſitio gloſſ. in *dict. l. ſi ſeruus*, eſt verior, & eam text. probare videtur, dum voluntatem domini cōſiderat, & ideò ponit text. ſpeciem, non quando in duobus teſtamentis, in vno domino, in alio ſeruo legatur, ſed quā-

Franc. Sarmient.

do in vno, in quo domino eſt legatū, id quod poſtea ſeruo fuit donatum, quaſi in eo facto communicato conſilio cum ſeruo fraus facilius cadere poſſit, vt poſtea per argumentum ab abſurdo id euenire facilius poſſit. nam non otioſè *Africanus*, cuius in arguendo maxima eſt vis, & ſubtilitas, eam ſpeciem ita cōfinxiſſet, & commiſiſſet exempla vulgaria de duobus teſtamentis, quæ omnia maximè nota, quia vetiſſima ſunt, & multum ſubtilia, & digna non Africano ſolum, ſed & Hiſpano ingenio, & ex his habes perfectè intellectam *dictam legem ſi ſeruus, in* §. *ſi id quod mihi*, & faciunt quæ ponit *Bartol. inf. in q.* 3. nam ibi in dote data in re vxori ex cauſa lucratiua debita ex perſona diuerſorum obligatio oritur. nam licet quæratur vxori in effectu, tamen idem eſt, ſi ſeruo detur quod domino quæritur, tamen perſona ſerui ſeparatim conſideratur ſecūdum ipſos doctores, & contra Bartol. eſt textus expreſſus, quem ipſe allegat in ſequenti oppoſitione, in *l. ſi mihi & tibi, in princip. ſupr. de legat.* 1. nam intelligere quod ibi non fuit res legata, in ſolidum eſt contra interpretationem gloſſ. quæ vera eſt, vt textus noſter reſtringatur, ita tamen vt intelligatur exactione facta ab vno ex legatarijs.

Vltima oppoſitio Bart. clara eſt, ſolum adde id, quod dicit de æſtimatione dubij euentus verum eſt, ſi partes in hoc conueniant, alioquin non compellitur aliqua in ratione dubij euentus æſtimationem ſubire, ſed cautio erit interponenda, neque enim textus iubet æſtimari dubium euentum, ſed ſi æſtimatus ſit à partibus hoc modo ſatisfieri ſine cautione, vide *l. propter ſpem famil. herciſcund.* quam *Bartol.* allegat, & ita ſiut expeditæ omnes Bartoli oppoſitiones.

Quæſtiones Bartoli non videntur habere difficultatem, & dic quod titulus lucratiuus dicitur, quando aliquid gratis, & ſine aliquo diſpendio æſtimabili habetur, & ideò legitima filij, alimenta, & alia titulo lucratiuo dicuntur haberi, & ita omnia legalia debita ad materiam cauſæ lucratiuæ pertinent.

Item quoad tertiam quæſtionem, quod dos reſpectu mariti eſt titulus onerosus, adde gloſſ. vulgarem, vt id procedat etiam ſi ſiat pactum de lucranda dote, & maritus mortua vxore dotem lucretur, *in l. ſi donaturus, in* §. *final. ſupra de condiction. cauſ. dat.* ratio eſt quia pacta ſunt pars dotis, vt in *l.* 4. *& in l. quæris, ſupra de pact. dotal.* ſicut omnia pacta in contractu emptionis ſunt pars pretij, vt in *l. fundi partem, de contrahend. emption.* ideò pactum quod lucretur dotem ſoluto matrimonio, efficit vt maiorem dotem videatur habuiſſe, ideò ſi non ſit particeps fraudis maritus, dos data in fraudem creditorum non reuocatur. vt in *l. final. in* §. *ſi à ſocero fraudatore, infra quæ in fraud. credit.* ſed hodie vide *leg.* 29. *Taur. quæ eſt hodie in noua copilat. in libr.* 3. *titul.* 8. *libr.* 5. *& R. Epiſcop. Segobienſ.*

in 4. decretal. in 2. part. in cap. §. *in* §. 6. *in numer.* 12.

Vltimo adde, quod acquisitio consummata ex vna causa lucratiua impediat aliam, & non sufficit acquisitio dominij, quæ ipso iure fit, sed requiritur executio per apprehensionem. nam alias ferè tota hæc materia esset inutilis, quia si vnus ex testatoribus esset dominus, legarum factum ab altero consumeretur, & esset inconueniens omnes leges, quæ de duabus causis lucratiuis loquuntur supplere, quod ea res quæ legatur, non esset alicuius ex testatoribus, & intellige quod materia *l. proprias res, C. de legat.* locum habet, quando esset res propria, per apprehēsionem, neque sufficeret esse propriam ipso iure ratione tituli: tunc enim illa materia magis pertinet ad materiam de duabus causis lucratiuis, quam ad materiam *l. proprias res*, quod est valde notandum, & plures leges ad hoc possent induci, sed tu tibi potes notare. vide quæ ponit *Bart. in prima, secunda, & aliis oppositionibus 4. part. in column. 6.* quia dominium non impedit alias actiones oriri, vt in *l. 1. C. commun. de legat. & in l. cum filius, in* §. *variis, inf. isto tit.* quæ omnes executione perimuntur, vt in *princip. instit. quib. mod. tollit. obligat.* & ex hoc not. quod inconsideratè *Bart. hic in num. 25. & 26.* facit distinctionem in quæstione confiscationis sit facta confiscatio, vel dominium quæsitum ipso iure, vel non, quia hoc nihil facit ad materiam causarum lucratiuarum, neque ad materiam *legis proprias res*, quæ intelligi debet per apprehensionem, vt dixi, & per hæc sit expedita hæc subtilis & elegans materia.

SVMMARIVM

ex §. *In fundo.*

1 *Quando detur actio in factum.*

§. IN fundo legato, si hæres sepelierit, æstimatio referenda erit ad totum pretium fundi, quo potuit ante sepulturam æstimari, quare si fuerit solutus, actionem adhuc ex testamento propter locum alienatum durare, rationis est.

Opponitur, quod non detur actio ex testamento, sed actio in factum, vt in *l. si hæres rem supr. isto tit.* Sol. ad istam difficultatem respondetur pluribus modis, vno modo, quod hic detur actio ex testamento vtilis, quæ cum actione in factum concurrere potest, quod ambæ subsidiariæ sint, vt notatur in *l. de pecoribus. C. ad l. Aquil. secundum Imol. hic*, secundo modo soluit *Paul. in l. contraria*, quod illa actio & hæc dantur ad diuersa, ideo non cessat illa per istā, sed errat, quia immò idem consequitur per vtramque. Tertio modo soluit glo. quam sequitur *Bar.* quod malè facit inferendo defunctum in prædio legato, cùm alibi commodè inferri possit, ideo non est liberatus actione ex testamento, sed certè nō constat quod in l. contraria, non essent aliæ res, quæ commodè iosumi possent. ideo dic quod ibi ignorans rem consumpsit, ideo liberatur à prima actione, sed de æquitate succurritur legatario per actionē in factum, hic vero fuit sciens, & tunc etiam si alibi commode inferri non possit durat actio ex testamento ad pretium, quia videtur testator velle, vt æstimatio soluatur, vt in *l. cætera in* §. *sed si putaunt, supra de legat. 1.* si enim non præcederet obligatio, actio in factum competeret, vt in *l. is qui intulit de religios. & sumpt. funer.* eadem est ratio, si ignotans legatum intulit, quia re ipsa videtur ex facto liberatus, quia sine culpa sua quodammodo res perit, & desinit esse, cætera dic vt per *Cuma. hic.*

SVMMARIVM

ex §. *Eum qui.*

1. *Interpretatio clara huius* §.

§ EVm qui ab vno ex hæredibus, qui solus onetatus testamento fuerat, litis æstimationem legatæ rei abstulit, postea codicillis a pettis, ab omnibus hæredibus eiusdem rei relictæ, dixi dominium non quætere, eum enim qui pluribus speciebus iuris vteretur, non sæpius eandem rem eidem legare, sed loqui sæpius.]

In tex. ibi Ab omnibus hæredibus, iunge cū verbo Relictæ, & erit text. clarus, & cessabunt omnes doctorum interpretationes, qui male verbum Ab omnibus hæredibus iunguot cum verbo Non quærere. nā si dominium rei legatæ, cum ipso iure transferatur per l. male diceretur quæri legatario, vel non quæri ab hærede. & adde quod dubium huius text. quod hic ponitur est, quia legatarius prius rei æstimationem accepit, ideo potest ex alia causa etiam lucratiua dominium quærere, & rem cōsequi, vt *in* §. *si res aliena, insti. de legat.* sed respondetur, id verum esse, si res esset bis legata, at hic non est bis legata, sed semel, licet alio, & diuerso modo in codicillis, quàm in testamento, cum in testamento ab vno hærede, in codicillis autem ab omnibus sit relicta, & præualeant codicilli tanquam posterior voluntas.

Sed videtur, quod non potuit ex testamento consequi totum legatum ab hærede grauato, sed solum partem rei, vel partem pretij pro portione hæredis grauati, vel aliena, & ita tota debetur, vel si erat testatoris, quod hæres expresse in solidum fuit grauatus, quo casu sibi videtur prælegata, vt *infra in l. cum pater, in principio* ex mente Cuman. neque isti intellectus sunt reijciendi vt diuinarii, quia non agitur principaliter in hoc text. sed præmittitur, quod totius rei æstimationem fuit consequutes, quod exemplificari opus est in his speciebus, in quibus id de iure contingere potest, ex bis cessant quæ *Bar. hic & doctores* inuoluūt, neque intelligas, quod hic fit electio legatarij, vtrū ex testamēto, vel codicillis agat, quia vt dixi codicil-

codicillorum vltima præualet voluntas, & ideo cessant quæ (vt solet) prolixè & inuolutè millies repetit *D. Petrus hic*.

Sed opponitur, quod dispositio generalis in codicillis, non immutet speciatim disposita in testamento, vt *in l. legatorum, in §. si plures, supra isto tit.* dic vt per *Bart. post gloss.* & vide *Bart. in l. quæsitum, in §. fin. in 2. col. in num. 11. infr. de fund. instructo*.

§ Fundo legato si vsusfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab hærede, vsusfructus enim, & si in iure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet, enimuero fundo relicto, & ob reliquas præstationes, quæ legatum sequuntur agetur, verbi gratia, si fundus mihi pignori datus, vel aliena possessio sit, non idem placuit de cæteris seruitutibus; sin autem res mea legetur mihi, legatum præter istas causas non valebit. A municipibus hæredibus scriptis detracto vsufructu legari proprietas potest, quia non vtendo possunt vsumfructum amittere.

Bart. hic magistraliter, & ordinate, & dilucide (vt semper solet) procedit, & nihil omittit ex his quæ necessaria sunt pro huius tex. interpretatione. ratio huius text. est, quia vsusfructus est pars substantialis, neque fundus dari intelligetur, nisi vsusfructus etiam detur, vt in *l. si alii, infr. de vsufruct. legat.* seruitus autem non minuit fundum, licet deteriorem faciat, & sufficit dari integrum fundum, qualis reperitur bonus vel malus, nisi dicatur vti optimus, vt hic inquit glos. & hoc singulariter vult hæc l. vide text. *in l. cum filius, in §. dominus, infr. eod.* vide *l. qui decem, in §. qui hominem, in fin. inf. de solutionib.*

SVMMARIVM

Ex l. Vnum ex familia.

1. *Verbum relinquo significat per vltimam voluntatem.*
2. *Vtrum possit eligi indignus.*
3. *Vtrum possit variare eligens.*
4. *Electio reuocabilis quando transmittatur.*
5. *De intellectu l. 7. sup. de in diem addiction.*
6. *Hæres, qui debet eligere pauperes tempore mortis, an possit id praeuenire.*
7. *Iuramentum non impedit variationem.*

L. VNum ex familia propter fideicommissum à se cum moreretur relictum, hæres eligere debet ei quem elegit, frustra testamento suo legat, quod postea quam electus est, ex alio testamento petere potest, vtrum ergo non cōsistit quod datur, quasi creditori relictum, an quamdiu potest mutari voluntas, non rectè creditori comparabitur? Siue tamen durat electio, fuisse videtur creditor, siue mutetur ex neutro testamento petitio competit.]

1 In hac l. ponuntur plures quæstiones, in fideicommisso ita relicto hæres meus illum fundum cùm morietur vni ex familia, cui velit restituat, ex mente gloss. hic & Bart. qui dicit hoc colligi ex textu in *§. rogo, infr. ista l.* sed non placet vt argumentum istarum quæstionum sumatur ex *§. rogo*, quia ille text. loquitur de fideicommisso relicto libertis, dicendo ex libertis cui voles, sed quæstio istius text. nostri de familia, id est consanguinitate testatoris, non de familia libertorum loquitur, licet soleant leges de fideicommisso familiæ libertorum relicto loqui, vt *infra isto tit. in l. cum pater in §. libertis, & §. fidei tua*, & familia libertorum dicitur, vt *in l. familia infra de verbr. significat.* ideo dic, quod & *Bar.* notat, quod verba fideicommissi, de quo hic tractatur, habentur *infra in §. sed si fundum*, ibi, rogo &c. Ex quo cum text. nostro colligitur, quod verbum Relinques, videtur habere tempus, scilicet cum morieris, & ita solet trahi ad vltimam voluntatem, vt in *l. 1. in fin. de tabul. exhibend.* secundum Bar. notat *glos. in l. iubemus 2. in §. fin. in fin. C. de sacrosanct. eccles. & in §. fin. instit. quib. ex caus. manumit. non licet.* notat Bart. per text. *ibi in l. cum hi in principio supra de transaction. & Alberic. in l. 2. C. de naturali. liber.* & notat *Benedict. de Plumbin. in rub. infra de manumissio.* late *Ferdi. de Loazes, in l. filius familias, in §. diui supra de lega. 1. in num. 10.* & ita solent authores vsurpare, sæpissimè *Martialis in epigrammat.* illo, quod incipit,

Vitam quæ faciunt beatiorem, inquit.
Res non parta labore, sed relicta,

in *alio libro ad Linum* ibi.

Mater auara reliquit, & *libro 3. in Philomos.* & alibi sæpe & in ea significatione *Cicero* passim vsurpat *pro Sexto Roscio* fundos tres & decem reliquit.] & *pro Cæcina*, Fundum à patre relictum. & *in epistolis*, Satis amplum patrimonium relinquam memoriam nominis mei. & ad sensum patet, quod morientes potius relinquere, quam dare dicantur, vt diximus supra in rubrica & quod relinqui id propriè dicitur, quod perpetuo dimittitur.

Sed quæro, fideicommisso per supradicta verba relicto, vtrum possit hæres eligere etiam indignum. glos. dicit adhibendam esse distinctionem, de qua supra isto tit. in *l. cum quidam la magna*. Sed tu dic quod cum testator dixerit cui volueris, nulla est quæstio sed quid si non dixerit cui voluerit, neque dixit cui arbitratus fueris, sed simpliciter vni de familia, quod verbum supplebitur? vtrum cui volueris, vel cui arbitratus fueris, multum enim interest (vt ibi diximus.) Sol. verbum volueris subintelligetur, quia minus supplebitur, nam verum erit dari vni de familia quicumque is sit, cui detur, verumtamen est quod inimicum testatori eligere non poterit (vt ibidem dixi) ideo, si offensione aliquis non sit exclusus, ex omnibus eligere poterit. 2

Oppo. cum Bar. dicitur hic in tex. quod eligere debet, sed contra, immo non tenetur, potest enim impune hoc omittere, vt in *§. rogo, infra ista l.* Solut. secundum Bartol. debet eligere si velit aliquem præferri, non tamen simpliciter eligere tenetur, vt ibidem, quod

sequitur *Dom. Anton. in num.* 7. multa diximus in *l. Gallus, in princ.* sed opponitur, ergo fideicommissum est in potestate grauati hæredis, quod esse non potest, vt in *l. senatus, in §. legatum, de legat.* 1. Sol. fideicommissum non est in eius potestate, sed ius præferendi in fideicommisso vnum, aut alterum, vt sentit *gloss. in verbo debet,* hæc iam supra explicata sunt in *d. l. cum quidam, & in l.* 1.

Item oppo. Bart. quod debet eligere statim, vt in *d. l. cum quidam.* Sol. secundum Bar. hic dixit Cum morieris, & idem si id non dixisset, sed dixisset Relinquas, vt Bart. dicit, & idem si dixisset Cum volueris, quia potest differre vsque ad mortem, vt in *l. vxorem, in §. Scæuola, infra de legat.* 3. diximus supra in *dict. l.* 1. & not. quod si eligat potest variare vsque ad mortem, quæ posita est in terminum electionis, & ita si ante eligit, potest electionem mutare, vt hic & *infr. isto tit. in l. cum pater, in §. à filia.*

5 Sed opponitur, quod semel facta electione non possit variare, quia videtur voluntatem testatoris impleuisse, & plenius, vt in *l. patrem, infr. quæ in fraud. credit. & in l. post mortem, C. de fideicommiss.* Sol. verum est vbi personæ certæ fideicommissum relinquitur post tempus, tunc enim non potest ex præuentione alij fideicõmissario, qui non est, fieri præiudicium, secus verò si fideicommissum relinquatur personæ eligendæ ex certis tempore certo, vel incerto, quia tunc fieri possit, quod qui nunc eligitur, tunc eligi non posset: forte enim ante hæredem morietur, & ita alijs, vel alij, dandum esset, quibus manifesto ex dicta præuentione fit præiudicium, & ita intelligi debet *d. §. à filia.* & text. in *l. cum pater, in §. hæreditatem, infr. isto tit. & in l. filius familias, in §. diui t. supr. de legat.* 1. & in hoc interest post mortem restituere velit, vel cùm voluerit, quia licet hæ duæ species eundem terminum contineant, tamen in vno est simpliciter mors non pro termino solo, sed pro tempore, in alio autem extensiuè vsq; ad mortem pro termino tantum: sed opponitur, quod etiam si electus moriatur, electio de eo facta non infirmetur, quia transmittitur etiam si electio
4 possit reuocari, si non reuocatur, sed eligens in eadem voluntate perseuerat, vt in *d. l. cum quidam.* Sol. verum est, quod reuocari electionem posse semel factam non impedit trãsmissionem, si non reuocetur, tamen id verum est, vbi electio fieri potuit non violata testatoris voluntate, alias secus, vt si soluitur legatum, quod in se habet conditionem ante conditionis euentum, ita quod alij fiat præiudicium, vt in *dict. §. à filia,* & ideo si ita esset concessum ius eligendi, vt hæres quando velit eligere possit, adiecto etiam quod etiam facta electione possit variare vsque ad mortem, & electionem semel factam reuocare, si Titium eligat, etiam si variare posset, si moriatur Titius, hæres non reuocet, ad hæredem Titij res pertinebit, & electionem factam transmittit, quia ius purum est, licet reuocari possit, vt diximus in *d. l. cum quidam, per l. sancimus, C. de fideiussorib. &* probatur in hoc text. ibi. Siue tamen dutet electio fuisse videtur creditor.] facit text. in *l. 2. ff. de sudic. action.*

Neque obstat, quod illa lex in contractibus locum habeat, non in vltimis voluntatibus, vt not. *Bart.* per text. ibi in *l. si legatum, infra de adimend. legat. & in l. 1. in num. 9. & 10. infr. de condit. & demonstrationib. & idem Bart. in l. penult. in fin. C. de institut. & substitut.* vbi *Deci. in penult. colum.* facit text. in *l. quibus diebus, in §. quidam Titio 2. infr. de conditionib. & demonstrationib. & in l. quod pure, infra quando dies legat. cedat.* not. *Socin. in l. Gallus, in §. videndum, in princip.* quia possumus respondere, quod licet ex testamento proueniat ius eligendi, electio tamen ipsa ab hærede facta, magis ad actum inter viuos refertur, imo etiam si fieret in vltima voluntate, non ad actum legati refertur, vt hic de aditione hæreditatis, quæ legando fit, in *l. si ania, C. de iure deliberand.* item illa distinctio, quæ fit inter contractus, & vltimas voluntates est vera, nisi vbi certum est ius esse quæsitum, quia tunc quod adimi possit statui præsenti non obstat, vt in *l. non eo minus, supr. de rei vendicat.* quæ in vltimis voluntatibus loquitur. inquit enim; Non ideo minus rectè quid nostrum esse vendicamus, quod abire à nobis dominium speratur, si conditio legati, vel libertas extiterit.] & ibi gloss. allegat plures leges, & nos in libello de redditibus ecclesiast. in 4. part. in c. 6. in num. 11.

Sed redeundo ad *dict. §. si filia,* quando electio est data post tempus vel in tempore, non potest fieri electio ante illud tempus, in præiudicium eorum, qui tunc eligi potuerunt, secus vbi non est ius eligendi concessum, sed est fideicommissum post certum tempus fauore certæ personæ, quia tunc poterit tempus præueniri, vt in *dicta l. post mortem,* quia cùm tempus in testamento adijcitur: credendum est pro hærede adiectum, vt in *l. cum tempus, de reg. iur.* & hæres ei renuntiate potest præueniendo: & ideo si legetur aliquid pauperibus, quos suo mortis tempore hæres elegerit, non poterit hæres in vita eligere secundum doctores in *dicta l. post mortem,* vbi *Iason* dicit id communiter probari, & diligenter, (vt solet) cumulat *D. Antonius hic in nu.* 12. sed Decio non placet hæc opinio in *dicta l. cum tempus,* neque *R. Episcop. Segobiens. in cap. tua nobis. in num. 5. extrau. de testament.* licet non afferat rationem, neque respondeat *dict. §. à filia,* sed potest respondere ex Fulgo. & Corne. qui post Bald. tenent istam opinionem in *dict. l. post mortem, C. de fideicommissis,* quod *dict. §. à filia* procedat, vbi certis personis fieret præiudicium, quibus si electio facta non esset, legatum, vel fideicommissum quæreretur, vt ibi & in *dicta l. cum quidam,* & in *dict. §. rogo, infr. ista l.* secus si omnes essent personæ incertæ, quibus non possit dici ius quæsitum etiam eo non eligente, nam quomodo omnibus ius

quæratur?

quæratur? quid enim esset inter tot homines, sed officium Episcopi erit in distribuendo ex non facto, vel mora hæredis, & ideo cum nulli ius quæsitum videatur, neque quærendum post tempus, poterit hæres anticipare tempus, quia cum testator certarum personarum rationem non habuerit, solum hæredis causa tempus adiecisse videtur, ideo poterit tempus reijci, & hoc puto verius, nisi vt dixi appareret, non hæredis causa tempus adiectum, vt si anniuersario die quolibet anno distribui pecuniam iussisset pauperibus, nam tunc non poterit hæres præuenire tempus, vel si quolibet mense cantari missam, vel die certo constituto.

Sed opponitur contra istum text. hic dicitur ei, quem elegerit frustra testamento suo legat, imo non frustra, quia poterat post electionem variare vt textusmet vult. quare ergo est frustra, cum nondum ius sibi quæsitum est, item interim non est creditor vt text. aperte dicit, & videtur postea vocare creditorem hic & in §. sequenti, in quo est contradictio, item quomodo creditor dici potest, cum in potestate debitoris sit, vt non sit creditor? vt in *l. si sub hac, infra de actionib. & obligation.* sed frustra legat ei, quem semel nominauit, quia superfluit hic secundus actus, vt in *l. qui bis idem, de verbor. oblig.* quia si non mutet sufficit primus actus, si vero mutare velit, neque hic sufficiet, qui fit legando, neque si millies id faceret. quod autem creditor fuerit, vel non, ex futuro euentu pendet, vt text. expresse dicit, neque quod sit debitor voluntarius obstat, quia hoc permittitur, quando non est in potestate sua an debeat, sed cui debeat, vt in *l. vtrum in §. cum quidam, de reb. dub. & in l. cum quidam. supr. eodem,* & sæpe iam est dictum *in l. 1. sup. eodem.*

Vltimo nota, quod eligens potest variare, ratio est, quia electio fuit ante tempus, alias non posset, & adde, quod alia est electio personarum, alia rerum, licet aliqui malè hæc coniungant. de vtroque est satis dictum *supra isto titul.* & adde quod quando potest variare circa personam semel electam, hoc non
7 impeditur etiam si iurauerit non mutare nominationem, & procedit *dictus §. à filia,* quia est defectus potestatis, non voluntatis, in quo defectu iuramentum nihil operatur, sicut de testamento iurato dicimus, *in l. si quis in principio, de legat. 3.* & faciunt notata in *c. 1. de procuratorib. lib. 6.* item quia iuramentum in præiudicium tertij, nihil efficit, *c. cum contingat de iure iurand.* &c. quemadmodum, quia si muret, non illum eligit testator, cuius electionem hæres iurauit non mutare, & ita iuramentum hæredis non potest testatoris voluntati præiudicium afferre.

SVMMARIVM

ex §. Si de falcidia.

1. *Successor in fideicommisso capit à primo relinquente.*
2. *Non tenetur ad debita vltimi possessoris.*
3. *Successor in regno tenetur ad debita. & ponitur noua ratio.*
4. *An sententia contra possessorem maioratus lata, noceat successori.*
5. *Delictum possessoris maioratus non nocet successori.*
6. *Vtrum successor maioratus teneatur stare colono.*
7. *Intellectus l. qui fundum ff. locat.*
8. *Monentur professores iuris ne inutilibus scartaphasiis incumbant.*
9. *Nominatus ab vltimo possessore, non potest grauari.*
10. *Contra D. Petrum Peralta.*
11. *Contra D. Ludouic. Molinam.*
12. *Vtrum grauari possit electus de dando pecuniam elegans quæstio.*
13. *Ratione interusurij potest grauari.*
14. *Hærede non eligente quis veniat in fideicommisso.*

§ SI de falcidia quæratur, perinde omnia seruabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus esse, primo testamento fideicommissum relictum fuisset, non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est. quid enim est quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit omnimodo reddere debuit? itaque si cum forte tres de familia essent eius, qui fideicommissum reliquit, eodem vel dispari gradu, satis erit vni reliquisse, nam postquam paritum est voluntati, cæteri conditione deficiuntur.]

Nota text. elegantem quod nominatus in 1
fideicommisso relicto ab hærede, non dicitur ab eo habere, sed à priori testatore, ideo ratio prioris habenda est non istius ad omnia tam quoad capacitatem, quam quoad falcidiam. vt hic notant dd. & *in l. is qui ex bonis de vulga. & pupillar.* & refert *Dominus Antonius hic, & Dominus Ludouicus Molina in lib. 3. de primogen. Hispano. in c. 4. in num. 8. cum sequentib.* quod idem est dicere, si recte inspicias, vt consideretur proximitas prioris vocantis, vt diximus *supra in l. cum ita, in §. in fideicommisso,* secundum distinctionem, quam ibi posuimus supra eodem, ideo istius vltimi creditor dicitur, licet prioris non sit creditor, vt hic & in *principio huius l. & in l. 1. C. de bon. auctori. iudic. possi.* Si ergo nominatus ab hærede nihil ab ipso habere videtur, cum hic tamquam pica, organum, vel procurator fuerit, multo minus quando huius nominatio non requiritur, vt in maioratibus, & fideicommissis relictis sine aliqua nominatione hæredis, ex
quo plura sequuntur, quæ sunt indubitabilia, 2
licet doctores vocent in controuersiam, primum quod successor in maioratu non potest conueniri pro debitis contractis ab eius vltimo possessore: quia cum sit iste, qui nunc succedit creditor illius, qui ad fideicommissum renetur, quomodo efficere poterit, vt hæc obligatio sit in potestate ipsius, qui debet contra iuris no-

tissimas regulas, in *l. si sub hac de actionib. & obligationib.* nam obligatio passiua, non potest esse potestatiua, vt latè diximus in *l. si filius hæres de liberis & posthumis, supra*, nam debitorum pactionibus, creditorum petitio neque adimi neque mutari potest, vt *in l. debitorum pactionibus. C. de pactis*, & ita tradit hic bene *Dominus Antonius in numer.* 7. quod successor in maioratu, non teneatur ad debita ipsius prædecessoris, neque bona teneantur, nisi debita sint illius, qui fideicommissum, seu maioraturr instituit, vt *in §. diui, in l. filius familias, supra de legat.* 1. quod intelligi debet, nisi ante debita essent maioratus instituti irreuocabiliter, puta per contractum inter viuos, quia tunc potior esset causa maioratus, quam debitorum, vt patet.

3 Sed his obstate videtur *lex 4. titul. 15. partita 2.* vbi cauetur successorem in regno teneri ad soluẽda debita, per prædecessorem contracta, ergo eadem ratione tenebitur successor in maioratu Ducatus, Comitatus, vel Marchionatus, vel alterius cuiuslibet alius: quia quæ differunt secundum magis & minus, non differunt in substantia, vt in *l. fin. de fund. instruct.* nam qualiter se habent duo ad sex, se habent viginti ad sexaginta, sed ad illam leg. respondet *Dominus Antonius* hic dicens, quod illa lex respicit honestatem, non necessitatem. sed hæc solutio est notissima contra verba legis: dicit enim tenetur de iure & æquitate, &c. aliam solutionem ponit ibi glos. *Gregor. in verbo succedendas*, vt ibi text. videtur loqui quando est eius hæres, sed ego verius puto illum textum plane procedere in successore huius Regni, vt ad debita prædecessoris teneatur iure constituto. & speciali, quod ad alios maioratus trahi non possit, ratio autem differentiæ est manifesta, quia Rex potest donare, & alienare etiam villas sui regni, vt est expressim *in l. 8. titul. 1. partit. 2.* quod non potest alius possessor maioratus efficere, si ergo potest alienare Rex, consequentia est necessaria, vt possit obligare successorem. & miror, quod prædicti domini hoc non viderunt, neque *D. Ludouicus Molina de Hispanor. primogen. libr. 6. in c.* 10. vbi late, de hoc tractat *D. Petrus Peral.* qui hoc latissimè obseruat, vt solet *in l. 3. in §. qui fideicommissariam in pagin. 229. cum pluribus sequentibus per plures columnas* dilatans. alios autem maioratuum possessores qui Reges non sunt, alienare non posse verum est, alias autem frustra fieret maioratus, ideo sicut alienare non potest, non potest successorem obligare ad soluenda sua debita, neque bona ipsa.

Aliqui controuertunt, sit ne successio in maioratu vniuersalis, vel particularis, sed hæc quæstio ad dupondios est reijcienda, & illi forte non intelligent quomodo sub particulari titulo vniuersalis possit comprehendi, vt *in titul. supra de hæredit. vel actio. vendita.* nam non hoc intellexit *Iaso.* vide quæ diximus in *l. si quis seruum in §. final. cum l. sequent. isto tit. supr.* & vide *Bal. in l. final. C. de sentent. quæ sine certa quantitate in numero 5. glos. Bart. & alios in l. 1. supra de edend. & in l. 1. supra solut. matrimo.*

Add. quod *Dominus Antonius* disputat an sententia lata contra possessorem maioratus alijs præiudicet, post *Reuerend. Episcop. Segobiens. & Pinel.* quos ipse allegat, & *Tiraquel. de iure primogenio. quæst. 35. in numero 17. cum sequent. Ludouic. Molina in lib. 4. in cap. 8.* vbi refert Doctores plures in hac re consentientes, & text. qui in ista quæstione solent allegari, & concludit cũ opinione communi, sententiam latam cum possessoribus maioratus successoribus alijs nocere, quia cum legitimo contradictore lata, omnibus nocere solet, & quia sufficit litem geri cum eo, qui primam causam habet, adde, etiam quia vsufructuarius, qui minus ius habet, quàm possessor maioratus, solet haberi vt procurator à lege, vt *in l. 1. in fin. cum l. sequent. vsufructu quemadmodum caue. & in l. 1. in § final.* vbi nota, de noui oper. 4

Et intellige quod multis modis potest esse lis super maioratu: vno modo super toto maioratu quod ad hanc familiam, vel gradum non ad illam, vel illam pertineat. Secundo vero modo dicendo non esse maioratum, sed bona libera. Tertio hanc rem particulariter non esse de maioratu, sed bona libera, & in omnibus his speciebus sententia lata cum vno alijs nocebit, scilicet alijs, qui media illa persona, quæ est condemnata succedere velit, si vero non ex iure illo, iure communi sententia non nocebit, vt *in l. cum quæritur, & in l. & an eandem, de exception. rei iudic.* ideo potest constitui regula, si citra causam maioratus sententia non noceret illi, qui alio iure venit, multo minus in causa maioratus nocebit, neque enim sententia lata cum defuncto nocet hæredi, qui ex alio iure quam defuncti venit. cætera dic vt per supradictos, quia non est opus alind addere, nisi quod multa de hac re male ponit *Deci. in cons. 445. in numero 24. cum pluribus sequentib.* quæ ex supradictis apparent falsa, alioquin nullus esset litium finis, si cum quolibet successore esset lis agitanda.

Quod si, vt supra diximus, maioratus possessores in vniuersum ad debita ciuilia non tenentur, multo minus ex crimine possessoris fieri potest præiudicium vocato, quia si contrahendo non potest alienare, multo minus delinquendo, quod vltimum verum esset, etiamsi primum posset. nam qui alienare potest contrahendo in tertij præiudicium, non potest hoc efficere delinquendo. text. est singularis quem ibi not. *Bald. in l. 3. C. de bon. præscrip.* probatur in *l. 77. Tau.* vbi notat *Gomez.* alios allegando *in numero* 4. vide latè eundem in quem nunc incidimus, in *l. 40. in numero 91.* nec hoc est in difficilli, cum pœnis fiscalibus potiores debeant esse creditores, vt in *l. 1. C. pen. fisca. credito. præf. in lib. 10. & in l. in summa, infra de iur. fis.* fideicommissarium autem con- 5

stat

stat esse creditorem, vt *hic & in l. 1. C. de bon. auctor. iudic. possidend.* maxime cum res cum suo onere transeant in fiscum, vt ibi diximus, allegando multas leges, quibus adde *legem cum in secundis tabulis, in §. fin. de his quib. vt indig.* ibi, cum suo onere fiscũ succedere,] & *l. Paulo Callimacho in §. Pompeius, de legat. 3. & in l. si marito publico, & in l. si maritus, supra solut. matrimon.* & vide *l. 4. infra de iurepatronat.* facit tex. in *l. alienatio supra de contrahend. emption.* optimus text. si recte accipiatur in *l. filius familias in §. diui 2. in fin. supra* tit. 1. ibi, nec creditoribus neque fisco fraudi esse.] facit text. in *l. nihil proponi, eodem tit.* de quo nos latius diximus in lib. 3. harum interpret. in c. 4. in num. 5. vbi ostendimus contra R. Episcop. Pacens. noo posse maioratus bona confiscari propter crimina possessoris, imo neque propter crimen ipsius instituentis maioratum irreuocabiliter, quia constituendo maioratum perfecte & irreuocabiliter, iam alienauit à se ius disponendi libere de ea re in qua maioratum constituit, vid. diffinitionem dominij per *Bart. in l. si quis vi. in §. differentia infra de acquir. possess.* sola auctoritas tanti viri, si auctoritate agendum esset, rem difficilem constitueret, sed verisimile est ab illa opinione recessurum D. Episcop. cum in alia quæstione difficiliori contra fiscum pro filijs respondeat vt ibi osteodimus; quia quod pater possideat, vel oon possideat, nihil efficit, cum non rem liberam, sed restitutioni subiectam possideat, & vltimus vocatus creditor sit vt hic, nam creditores dicimus, quibus sub conditione debetur, vt in *l. creditores accipiendos de verb. signific.* facit *l. fin. in §. sin autem, sub conditione C. commu. de legat.* quinimo crimine est impleta conditio, & iam præsenti die res debetur. facit *l. 45. Tauri.* sed & *Vlpianus* in re non absimili suam opinionem mutauit. in *l. diui fratres de iurepatrona.* vide illam l. quæ est elegantissima, & ibi glos. hodie multa de hac re ponit *D. Ludouic. Mols. in suo copioso tract. de Hispanor. primogen. in li. 4. in c. 11. per totum*, vbi latissime.

Ex his intelliges, quod fere omnes limitatiooes, quas hic ponit *D. Anton. in numer. 8. cum sequen.* sunt periculosæ, ne dicam falsæ, nam id, quod dicit, qnod tenetur si sint debita contracta nomine dignitatis ipsius maioratus, falsum est, quia si natura rei non inest boc debitum, quod nomine eius sit contractum nihil promouet. quid enim efficit quod meo nomine quis debita cootrahar, si ego id ratum non habeo, vel ad id ex obligatione præcedente non eram obligatus, & ipse ad id tenebatur, cum impensæ pro defendenda re ratione fructuum, & qnia dominus est ad eum pertineant? Præterea quod dicit *in 4. limitation.* qnod si filius se obligasset, tenetur ad debita, id verum est vt qoilibet de mundo, ideo neque bona maioratus, quæ alijs sunt debita tenentur.

Item ex hoc deducitur alterius quæstionis clara resolutio, vtrum successor in maioratu teneatur stare locationi factæ ab vltimo maioratus possessore, & clarum est quod, cum non succedat ei, sed priori, non tenetur, vt bene dicit *D. Antonius hic.* quinimo neque si locatio esset facta ab ipso institutore maioratus, si successor non sit eius hæres, tenebitur, quia licet habeat titulum ab eo, non tenetur stare colono, sicut nullus particularis successor tenetur stare colono, vt in *l. emptorem. C. loca.* etiam si sit successor titulo lucratiuo, in *l. arbores, in §. 1. supra de vsufructu*, ibi, Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptæ, potest vsufructuarius conductorem repellere.] Sed quia illi textui poterit dari responsio, vt loquatur de vsufructu titulo oneroso quæsito, & quod dicitur ad exemplum venditionis, posset intelligi, scilicet ipsius fundi, allego text. expressum, io *l. qui fundum colendum supra loca.* vbi potest legatarius colonum, qui à testatore rem conduxit, expellere à re legata, nam neque fundo publicato fiscus colono stare tenetur, vt ostendit *Africanus in l. si fundus quem, eodem titul.* quod intelligi debet quando est successor particularis. vt in illo text. qui loquitur quando successit particulariter in illo fundo publicato, & eadem ratione neque ipse colonus mortuo possessore maioratus, qui ei fundum locauit, tenebitur stare locationi ipsi successori maioratus, si non sit etiam hæres illius, vt bene dicit *D. Anton. hic*, ne claudicet contractus, quia si successor maioratus non tenetur stare colono, neque tenebitur colonus ei stare, sed omisit allegare text. expressum in *dicta lege qui fundum colendum supra allegata*, vbi hoc expresse probatur, & ibi notat *glo. & glos. in dicta l. emptorem C. loca.* dicit enim ibi *Iulianus*, Qui fundum colendum in plures annos locauerat, decessit & eum fundum legauit, Cassius negauit posse cogi colonum, vt eum fundum coleret, quia nihil hæredis interesset.] Et licet glo. dicat cogi, scilicet ab hærede cogi, de legatario non dubitatur, quia non succedit in ius defuncti, sed hæres, & sic glos. videatur dicere id non esse expressum ibi quoad legatarium, sed omittatur tanquam res clara: tamen ego puto esse expressum etiam quoad legatarium, quia text. simpliciter dicit colonum cogi non posse, scilicet ab aliquo de mundo, quia hæredis non interest. nam si alicui hoc ius compellendi competere posset, esset hæredi, qui tenetur colono, vt in eadem l. sed huius non interest, ergo neque ab eo potest compelli. & nota, qnod prædictæ rationes sunt veræ, nam illa ratio, quod contractus non possit claudicare generalis est, & falsa in hac specie, nam in ea *l. qui fundus*, hæres tenetur colono, & non colonus hæredi, & ita admittitur claudicatio. nam subdit text. quod si colonus vellet colere, & ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum hærede actionem habere coloom.] Ecce quod hæres tenetur colono,

7 De intellec. l. qui fund. loca. & infr.

& non

& non colonus hæredi, similis elaudicatio admittitur in *l. Sabinus ff. de indi. addiction.* & de ista regula impeditiua claudicationis, quæ brocardica est, multa nos diximus in libello de redditib. ecclesiasti. in 1. par. iii c.2. per totum, vbi multa reperies, quæ ad eam rem pertinent, & nora interpretationem *dicta l. qui fun-*
8 *dum*, quia non inuenies in alijs doctoribus, & disces legum veros extrahere sensus, si in ipsis, vt opus est, diu noctuque verseris omissis repertorijs, & inutilibus chartaphasiis, quæ etiam fœlicia natura ingenia infælicissima reddunt arte ignorantiæ inuenta, quasi opus esset ignorantiam magno cum labore addiscere. miror quid sibi velint, qui anxie dictata excipiunt, cum tot sint typis excusa doctorum excellentissimorum scripta, quæ minori pretio emuntur, & maiore vtilitate leguntur, si omnia quæ typis sunt excusa legisses, & tempus superesset, posses his nenijs id perdere, sed cum vita sit breuis, ars vero longa (vt inquit ille) quærere in quo superuacuo labores, & saxum quod voluas Sysiphi, extrema dementia est. Certe sicut libri improbatæ lectionis publicè comburi solent, vt nos diximus in lib.1. harum selectarum interpretat. in c.1. in numero 10. ita hæc dictata deberent publice comburi, quinimo dictatores ipsi exilio essent multandi, sicut de Protagora Abderite factum esse, in *libr. 1. de natu. Deorum*, refert Cicero dum inquit, Protagoras Abderites Athenienssium iussu vrbe, atque agro est exterminatus, librique eius in concione combusti.] Nam hi dictatorum libri magis quam magicæ incantationes iuuenes dementant, vt verbum Appuleij vsurpemus.

9 Sed redeamus ad nostrum text. & ad id, quod dictum est, quod fideicommissarius potius accipit à priore disponente, quam ab ipso hærede restituere: ex quo etiam sequi videtur, quod propter istam nominationem grauari non possit ab ipso hærede, scilicet vt aliquid daret ob id, quod nominatus fuerit ab hærede, licet alium hoc omisso nominare potuisset, vt doctores volunt, quia non videtur et hæres dare, sed primus testator: ista ratio doctorum, & quæ videtur ex hoc textu colligi, non videtur placere *Domino Ludouic. Molin. in lib. 2. de Hispano. primogeni. in c. 4. in numero 10. cum pluribus sequentib.* quia vt ipse latè deducit, non potest negari quin ipse liberalitatem exerceat in præferendo illum quem nomiuat, sicut in conferendis beneficijs non videtur Episcopus liberalitatem exercere, cum ea conferre, & sine diminutione teneatur, vt in titul. vt ecclesiast. beneficia sine diminution. conferant. Sed in conferendo, huic vel illi potius gratiam, & donationem facere videtur, vt in *cap. quia diuersitatem, de concessione prabend.* vbi donatio appellatur, & in *c. cum olim de re iudicat. & in c. relatum* vbi Deci. notat *extrau. de preben. & in cap. cum accessissent de constitutionib.* notat *D. Molina in dicto loco in numer. 13. & Dom. Antonius hic in fin.* facit text. in *l fœmine in princip. C. de secun. nup.* vbi similis electio liberalitas dicitur, diximus supra in rubric. ideo *D. Petrus de Peral.* dicit ideo non 10
posse grauare hæredem illum, quem eligit, non quia non eum honorat, sed quia non honorat cum pecuniario, & æstimabili honore, ideo non poterit eum pecunia grauare, sed alio inæstimabili honore. Sed ego non video quo modo hoc non sit æstimabile, imo nihil aliud est, quam æstimabilis res, nam si restituere debet vni quem elegerit domum æstimationis mille, vel pecuniam puta mille, quomodo hæc electio non conferat honorem æstimabilem? non video quomodo mille, vel domus mille non sit res æstimabilis, nisi pecunia non sit pecunia, res non sit res.

Ideo *D. Molina* in te sibi adeo dubia respondet, quod ideo grauari nominatus non potest, non quod honoratus non sit, sed quod testator fundum integrum restituere voluit, quod non faceret hæres, si oneraret nominatum, vt in *l. fundi partem de contrahend. emption.* hoc enim minus dedisse videretur, & fideicommissarius minus haberet, vt diximus supra *in l.* 11
Meuius in §. duobus, sed hoc non tollit difficultatem, quia non tenetur dare rem integram cum possit inter duos diuidere, vt in *§. si duos, infra ista l.* ideo clarius dici potest considerando in quo consistit honor, & certum est quod si vni ex familia, quem elegerit hæres fideicommissum relinquatur, & nominet Titium, honor & liberalitas, quæ fit Titio, non simpliciter, sed respectu eorum quos eligere potuit exerceretur, ideo respectu illorum grauare poterit Titium nominatum, vt eius dimidiam ei det, vel restituat, vt in *§. si duos*, vel post tempus, vt per *Bart. infra in §. sed si fundum*, non tamen simpliciter & in tertij fauorem grauare poterit, quia tertij respectu, cui dare non potuit, non est honoratus, & ita est clara solutio, & responsio, ideo filium potest quis meliorare, & grauare, vt alij filio restituat, non extero, quia respectu exteri, cui non potuit fieri melioratio non est honoratus, & hæc omnia probantur in *§. sed si fundum, infra ista l.* de qua re vide notam & subtilem opinionem *Ioan. de Parlador in lib. rerum quotidiana. in c. 7.* qui non inepte loquitur.

Sed vtrum possit onus etiam in alia re extrinseca imponere in commodum alicuius ex 12
his, quos eligere potuit, vt puta eligo Titium de familia ad prædium relictum vni de familia, vtrum grauare possim Titium, vt det decem Caio, qui sit eiusdem familiæ, quem potui Titio præferre, ego dubito, & potius existimo hoc facere non posse, quia testator rem restitui iussit, non rei fieri mercimonium inter eos, & quasi mutare voluntatem defuncti, ideo non admitterem huiusmodi grauamen, & non eo modo quo testator voluit restituit.

Sed

Sed quid fiet hac electione sic facta perperam grauamine imposito? Respondeo si grauamen imponatur per viam conditionis, quasi electione non facta omnes venient, vt si Titium nominet, si dederit Caio centum, quia neque potuit conditionem adijcere, quia mutat testatoris dispositionem, neque condino ex electione reijcietur, quinimo deficiet electione, non enim electio simpliciter facta est, & poterit dici hanc electionem quasi actum legitimum, neque diem neque conditionem recipere, vt in regula iuris, sed si non in vim conditionis, sed modi grauamen adijciatur, puta dicendo, Eligo Titium, & volo vt det decem Caio, qui etiam est de familia, reiecto grauamine rem Titius habebit, & hoc ex regulis in materia conditionis, & modi euincitur, de quibus multa nos diximus in lib. 2. istarum selectarum interpretationum in c. 3. Denique considerandum est in quo honoretur electus, & cuius respectu honoretur, & quatenus dispositio ipsius cum testatoris dispositione conformetur.

13 Ex quo fit, vt si tempore honoretur, etiam temporis ratione grauari possit, si enim restituere tibi rem post mortem possum si statim restituam, possum tibi onus imponere quatenus medij temporis fructus, quos minus mihi lucrifacere poteram, patiuntur, vt interusurij medij temporis ratio habeatur, & eatenus grauamen sustineatur, vt bene allegando alios, notat *D. Ludouic. Molin. vbi supra num.* 32. quod indubitabile est, cum legibus infinitis hoc possit comprobari, vt in *l. 3. in principio, & in § fi. de dote prælega. & in l. Titia de annuis lega. & in l. imperator in § si centum*, ibi, Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, vsurarum dumtaxat additamentum admittetur.] & in § *cum quidam, infra isto titul.* ibi, Nihil amplius peti posse, quod si plus etiam fructuum, quos patruus percepit, vel, cum percipere potuit, dolo non percepit, habendam esse rationem responsum est.] & in *l. generaliter, in § si cui, infra de fideicommissa liberta.* ibi, Dici potest propter medij temporis fructum cogendum non manumittere.] facit tex. in *l. ait prætor in § partum, & in § si cum in diem, & in l. omnes in § fin. cum concordant. in glos. infra quæ in fraud. creditor.* & text. in *l. 3. in § 1. de legat. 3. & in l. filius famil. in § apud Marcellum de legat. 1. & in l. Stichus in § Titia, de alimen. legat. infra in fin. & in l. in quantitate, in § fi.* ibi: Sed tanto minus erogari ex bonis intelligendum est, quantum interea donec dies obtigerit hæres lucratus est ex fructibus, vel vsuris,] & *in l. qui quadringenta in § qui ducenta, & in l. quod de bonis in § fructus cum multis alijs illius tit. & in l. 1. in § si quis creditori*, & in *l. in lege Falcidia*, non habetur *infra ad l. Falcid.* & nota quod sunt pares termini, quia isto iure hæres non potest in sua falcidia grauari, & etiam est text. *in l. mulier, in § si hæres, infra ad Trebellia.*

14 Sed quid si hæres non eligat, quis veniet? & glos. in principio legis in verbo Mutetur, vult omnes venire non eligente hærede, vel recedente ab electione, licet secus quando familiæ relinquitur, quia tunc proximiores venient secundum glos. hic verbo necessariæ, quæ ita debet intelligi ex *alia glos. in verb. veni*, tu die, quod vbi electio est data hæredi, cum possit etiam remotiorem eligere, vt dicit *glos. in verbo vui*, eo non eligente omnes venient, quia vt probauimus supra in *l. cum quidam* per illum text. hærede non eligente omnes illi, qui eligi poterant, admittuntur. & facit *infra in § rogo*, & tenet *Imol.* sed idem est vbi familiæ relinquitur, si fideicommissum non est perpetuum, vt dixi in *l. cum ita in § in fideicommisso, supra eodem.* Vltimo *D. Petrus hic* ponit quæstionem cui posset breuiter responderi, quæstionem facti, non iuris esse, vt alias diximus sæpe.

SVMMARIVM

ex § Sed si vno.

1. *Hæres non potest venire contra voluntatem defuncti.*
2. *Hic non valet legatum in totum etiam si à sciente relinquatur.*
3. *Qualiter hæres facit partem, licet non admittatur ad partem.*
4. *Hic tex. non habet locum in fideicommisso perpetuo.*
5. *Si legatarius hic repudiet legatum apud quem hæc pars remaneat.*
6. *Difficile est inter hæredem, & legatarium de familia constituere differentiam, & num. 8. & 9.*
7. *Hæres in re legata est quasi nudus minister.*
10. *Iste tex. non loquitur de iure excipiendi, contra D. Antonium.*

§ SEd si vno ex familia hærede instituto, ille fundus extraneo relictus est, perinde fideicommissum ex illo testamento petetur, ac si nemo de familia hæredi hæres extitisset, verum is, qui hæres scriptus est ratione doli exceptionis, cæteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur: nam quæ ratio cæteros admittit, eadem tacitam inducit compensationem.]

1 Difficilis est hic §. cuius intellectum libentissimè ab alijs discerem, sed in his difficultatibus maximis semper ab alijs scribentibus destituimur, ideo in his in quibus antiqui non satisfaciunt, non est vt à recentioribus aliquid speremus. sed expediamus prius leuiora, & nota, quod institutus non potest venire contra factum testatoris, neque impedire legatum de re sibi in parte vel in totum debita, vt hic & in § sequenti. hoc intellige bonis existentibus soluendo, alias autem legatum non valeret, vt in *l. si vniuersa facultates. C. de legat.* & maxime hodie inuentario confecto, vt *in l. fin. in § in computatione C. de iur. deliberand.* vbi doctores, & in *l. cum à matre. C. de rei vendicatio.* denique existentibus bonis soluendo perdit hic de familia hæres institutus illam partem, quam habiturus esset

esset tamquam vnus de familia, si hæres non es-
set institutus, & istam partem habebit legata-
tius, pro reliquis aliorum partibus legatum
erit inutile.

Sed opponitur, quod imo legatum in to-
2 tum valeat, & hæres teneatur de euictione &
pretinm cæterarum portionum soluere lega-
tario, sicut quando res aliena scienter legatur,
vt in *l. si domus §. de euictione, supra de legat.* 1. *&*
in l. cum alienam, C. de legat. Sol. secundum do-
ctores, hic non erat res aliena, sed propria te-
statoris, licet ius sua morte esset finiendum,
quod sufficit vt cesset euictio, vt in *l. vxor patrui.*
C. de legat. Sed Cumano hoc non placet, sed vt
in hoc distinguatur fueritne testator sciens, vel
ignorans, sed non potest esse vera hæc opinio;
difficile enim est vt dicamus ignorasse hære-
dem testatoris voluntatem, cui successit, vt in
l. eius qui in prouincia. supra si cert. pet. ideo verius
puto hic non esse opus alia solutione, quam
quod in aliqua parte rei potest voluntas testa-
toris effectum habere, ideo non est opus alias
partes luere, vel pretium earum soluere, vt in
l. serui electione, in §. fi. supra de legat. 1. quia si nihil
ex re esset remansurum apud legatarium te-
neretur hæres, vt in §. *sed si fundum, in versic. quod*
si talia, vbi *Bart.* not. licet illi textui posset re-
sponderi, quod dicat hæredis heredem propter
sequens fideicommissum in exterum colla-
tum esse grauatum intelligendo, vt hoc signifi-
cet, quod hæres hæredis grauatus censeatur,
scilicet ad non alienandum, quia perpetuum
est fideicommissum, neque sufficit electum es-
se de familia, nisi ita, vt perpetuo maneat in fa-
milia, non autem oneratur, vt soluat legati pre-
tium, sed melior est Bar. intellectus, quia tunc
non propter sequens fideicommissum scilicet
quod relinquit hæres, esset oneratus, sed pro-
pter prius fideicommissum, & hoc non esset
nouum onus, & ita plus placet Bart. tntelle-
ctus.

3 Item oppono quod hæres non faciat par-
tem, quia neque ipse potest habere partem,
cum adeundo videatur consentire alienationi
factæ à defuncto, ideo suam partem amittit, vt
in *l. quoties ab omnibus C. de fideicommissis.* Sol. ve-
rum est quod non facit sibi partem, sed neque
accrescit socio, sed facit alienationem valere,
nam videtur ipse accepisse, & alij dare breui
manu, occultata priori acceptione. argumen. *l.*
4 *3. in §. si debitorem, de donat. inter vir. & vxor.* sed
de hoc infra dicemus, & hic intellige nisi sit
perpetuum fideicommissum, quia tūc vt dixi,
non sufficit voluntas alicuius de familia, vt
possit esse extra familiam, vt in *dict. versic. quod*
si talia, quia consensus illius, cui aliqua pars
competeret, non sufficit, ideo accrescit illis qui
sunt de familia eo ipso quod reperitur extra
familiam excluso eo, qui extra familiam alie-
nationem fieri consensit, vt in *l. cum pater, in §.*
libertis, & in l. qui solidum in §. pe. & in dicto §. quod
si talia. & ita iste text. solum procedit in fidei-
commisso temporali, cui satis fit si semel detur
familiæ, non in perpetuo, ne vmquam exeat
de familia. aliam differentiam inter fideicom-
missum perpetuum & temporale posuimus
in §. præcedenti, vide supra *in l. cum ita in §. in*
fideicommisso.

Oppo. dicitur in text. Tacitam inducit com-
pensationem, quomodo compensatio datur
in speciebus? vide glo. sed *Bar.* respondit me-
lius vt text. loquatur de compensatione, quæ
fit de hæreditate in qua est institutus vnus de
familia, cum parte fundi & debita fideicom-
misso, vt vni de familia, non facta electione,
& dicitur proprie compensatio cum ius hære-
ditarium omnes obligationes consumat siue
reales, siue personales, vt in *l. Stichum in §. aditio*
infra de solution. ideo iste hæres, qui creditor est
defuncti, vt in principio legis, & in §. præce-
denti, exceptione compensationis seu confu-
sionis repellitur, quod est notandum.

Quærit hic eleganter *Cuma.* quid si legata- 5
tius repudiet legatum, vtrum res ista remaneat
apud hæredem, vel ad totam familiam perti-
neat, & vult *Cumanus* apud hæredem quasi ad
nominatam rem pertinere, quod est singulare
verbum, quia erit in potestate legatarij alios
de familia excludere, etiam quoad eas partes,
quas ipse habiturus non esset, etiam si acce-
ptasset legatū, & posset hoc venale efficere, vt
in *l. penul. in §. sed cum exhæredatio. in versic. erit*
autem, infra de bono. pos. contra tabul. cum multis
quæ diximus in lib. 1. harum interpret. in c. 6.
in numero 8. & 9. & iterum in lib. 6. vel 7. in
c. 4. numero 4. neque obstat quod videatur
alijs via aperta extero legando, quia in effectu
non est facta alienatio & repudiato legato est
ac si non esset factum, vt in *l. si tibi homo, in §. 1.*
de legat. 1. & apparet, quia instituendo hære-
dem videtur ei concedere omnia quæ potest,
ergo & hanc rem.

Sed veniamus ad difficultatem huius §. &
eadem est quoad §. *si duos.* & opponitur, hic di- 6
citur quod si instituit aliquem de familia, &
rem extero, poterunt petere fideicommissum
qui sunt de familia, sed instituendo hæredem
aliquem de familia videtur implere præce-
ptum, vt in *l. filius familias in §. pen. sup. tit. proxi-*
mo. & infr. ista l. in §. sed si fundum, respōdet quod
hic, ideo non sufficit instituere aliquem de fa-
milia, quia res est alij relicta, ita vt apud hære-
dem neque momento remanserit, ideo non
potest dici data per institutionem, cum legan-
do rem videatur hoc ab initio impeditum, &
istam sol. sequitur *Bart. in §. sed si fundum*, sed
Baldo non placet hæc solutio & replicat subti-
liter, quod hoc falsum sit: nam licet quoad
partem in qua subsistit legatum hoc dici pos-
set, vt transeat ad legatarium, tamen quoad
alias partes in quibus legatum non subsistit,
non possumus dicere transire ad legatarium,
ergo non est bona ratio.

Prætetea & hoc nota, quia est difficile si in-

stitutio

stitutio simpliciter habetet vim nominationis, vel electionis, deberet in totum valere legatū, vel in eo in quo non valet deberet remanere apud hæredem, & tamen neque valet in vtilitatem legatarij, neque hæredis, imo si valeret nominatio hæredis, necessario valeret in totū legatum. Et sic oppono si legatur hæc res alicui de familia, & grauetur ille de dando extero tantundem sibi relicto, valet legatum, & fideicommissum, vt *inf. in §. sed si fundū.* quare non idem est si instituatur hæres de familia, & grauetur de dando alteri extero per legatum, cùm tantundem per institutionem sibi relictum sit. *Bald.* respondet, quod aliud est in legato, aliud in hæreditate, quia legando alicui de familia, impler voluntatem, quia iam relinquitur alicui de familia, licet ipse grauetur restituere, sed quando instituitur hæres, & legatur extero, quasi de genere detrahitur species, & ita illa res legata, non videtur in hæreditate hæredi relicta cōprehendi; & ita vult *Bal. & Io. de Imol.*

Sed hæc res maximam habet difficultatem, quia hæc verbalis videtur differētia, quid enim si hæres specialiter in ea nominetur, & postea grauetur? item quid si hæres institutus exterus grauetur hæreditatē alicui de familia restituere, & fideicommissarius iste grauetur illā rem extero dare? nōnne ex eludēetur alij de familia? Item videretur esse differentia. vtrū res simpliciter legetur non nominato hærede, vel grauetur hæres eam rē restituere, quia in isto vltimo casu hæres videtur in eā rem habere expressam testatoris voluntatem: sed hæc omnia videntur esse differentiæ verbales, non reales. quid enim interest quod hæres specialiter vocetur, & grauetur eam rem restituere, vel quod simpliciter instituatur, vel quid interest quod res legetur alicui de familia, & grauetur restituere, vel quod hæres de familia institutus grauetur. itē si solutio gloss. esset considerabilis etiam in secundum legatarium, vel fideicommissarium, ipso iure transit ius, vel dominium. vt in *l. 1. C. commun. de legat.* 1. & ita hodie non procederet hæc distinctio, ideò difficile est posse constitui rationem differentiæ.

7 Cogitabam si dici posset quod hęres quoad legata censeatur nudus minister, ideoq; nullū ius in rebus legatis habeat, quod patet quia si legetur vsusfructus fundi, non concurrit cum legatario in vsufructu, licet alius legatarius fūdi concurreret cum legatario vsusfructus. vt *in l. si alij, inf. de vsufr. legat.* diximus, & in *l. Titia cum testamento, in §. Titia cum nuberet, sup. isto tit.* ideo persona eius non consideratur, sed legatarius cum habeat titulū, etiā si res alij sub fideicommisso relinquatur statim, nō potest dici nudus minister, vt dixi *supr. isto tit. in l. si quis quos*, ideò satisfit fideicōmisso de relinquendo vni de familia legando alicui de familia, etiam si is extero restituere iubeatur, non tamen satisfit instituendo aliquem de familia, si alij legetur, qui non sit de familia.

Franc. Sarmient.

Neque quod res remansura sit apud hæredem repudiato legato, sicut apud legatarium fideicommisso repudiato. vt *in l. si quis Titio, sup. eod.* reddit terminos pares quia apud hæredem manet, non quod in ea re titulum habeat specialem, sed pro suo quasi totius hęreditatis dominus. argum. text. *in l. 2. infra pro suo.*

Sed contra, quia neq; ita legare videtur sufficit. vt arg. *l. cum dotē, inf. ad l. Falcid.* quia inspici debet cū in effectu relinquitur, non per quem relinquatur, inquit tex. Et sanè in plerisque ita obseruatur. vt omissa interpositi capientis persona expectetur.]sed rectè dicit text. In plerisque, nō semper, quia hic cū non perpetuū fuerit hoc fideicōmissum in familia, sed tēporale, sufficit quocunq; modo intret in familia, vt sit satisfactum arg. *l. si quis hæredē, C. de inst. & substit.*

Sed quicquid sit ego non intelligo, quę differentia posset constitui inter hæredē de familia grauatum extero restituere, & inter legatarium de familia extero grauatum restituere, cui tantundem relictū est: quia neq; quod diximus differre legatarium fundi ab hærede vsusfructu alij legato subsistit, quia si legatur alicui fūdus, & ab eo vsusfructus ipsius fundi fideicōmittatur, cōcurret cum fideicōmissario in vsufructu, & sic non differt ab hærede, si termini similes proponantur. nam suprapositæ in nu. 7. erant dissimiles. Si velis tenere glos. & Bar. quod differentiæ ratio sit, quia rectà via transit res in exterum legatariū hærede instituto de familia, in fideicommissarium verò legatarij secus iure isto, quia requiritur factū primi, & secundo nō competit ius contra hæredē. vt in *l. si legatarius, inf. tit. proxi. & infr. isto tit. in l. imperator, in princip.* respōdebis ad oppositionem Bal. hic, qui dicit quod hic non est verū transire in legatarium, nisi pro ea parte, quæ hæredi est competitura: quod licet hoc verū sit reipsa, tamē destinatione testatoris ita erat, quod neq; per momētum esset res remansura apud hæredē, & hæc destinatio sufficit, quæ cessat in legatario, cùm scire debuit dominium in legatarium primū transiturum, sed dices & scire debuit hic non transiturum in totū. Sol. hic constat de errore testatoris, quia contra hoc disposuit, & quādo constat aliquid disponere contra id, quod est, error ex hoc ostenditur, vt in *l. non idcirco, C. de iuris & facti ignor.* & ita potest saluari glos. & Barr. & secundū istam interpret. cùm hodie & in legatarium secundum transeat rectà via res sicut in primū. per *l. 1. C. commun. de legat.* corrigetur hęc distinctio, quæ fit per istū text. & *§. sed si fundū*, cogita, quia certè *Papinian.* rem difficilem constituit, vt instituere vnum de familia non sufficiat, si res extero legetur, & quod sufficiat legarē vni de familia, etiam si extero restituere iubeatur, si tantundem eidem relictum sit, cogita, quia hæc Papiniani subtilitas numquam mihi satisfecit. 9

Vltimo *D. Anton. hic* notat, quod ius excipiendi transit in singularem successorē, sed hoc 10

non colligitur ex hoc textu. nam hic legatario competit ius excipiendi, quia volet legatum in illa portione quę est hæredis, vel ei debita, vt in §. *si rem, infra ista l.* imo hic tranfit dominium in legatarium, quia erat testatoris licet debita hęredi, ideò non est quod de iure accipiendi tractetur, vtrum transeat ad legatarium, vel non. nam quod *Bald. hic* notauit, quod ius accipiendi datur hic singulis successoribus voluit dicere, quod non facta legitima nominatione à testatore omnibus illis in familia successoribus ius competit, quod nihil commune habet cum iure excipiendi. illa autem regula, quod ius excipiendi transeat in singularem successorem, vel contra eum, de qua in *l. idemque, in §. fin. pro socio*, quoad ius extrinsecum ex pacto expectari debet. nam quoad ius ipsum quod ex contractu intrinsecè transfertur est indubitabile. nam si mihi ex venditione traditione facta dominium transfertur, ius excipiendi quod ex dominio mihi oritur, sicut & ius agendi, & vindicandi competere non cadit in controuersiam, in illo autem iure excipiendi ex iure extrinseco, ex pacto, vel conuentione, non est ita expedita hæc regula. nam ei obstat text. in *l. emptorē, C. locat. & in l. qui domum, ff. eod. tit.* quæ obstat vtrique regulę, sed hoc non pertinet ad nostrum text. quia quod dicit de doli mali exceptione pertinet ad intrinsecum ius. nam exceptio doli mali cum omni alio iure concurrit, vt *l. 2. in §. item quæritur, & in l. qui æquitate, infr. de doli excep.*

§ Si duos de familia non æquis portionibus hæredes scripserit, & partem, forte quartam, extero eiusdem fundi legauerit, pro his quidem portionibus, quas iure hæreditario retinent, fideicommissum non magis petetur, quā si alteri fundum prælegasset, pro alia verò parte, quæ in exterum collata est, virilem, qui sunt de familia petent, admissa propter hæredum virilem portionem compensatione.]

Diuide hæreditatem in duodecim vncias, & fundum etiam in totidem vncias, qui per fideicommissum est relictus illi, quem hæres Titius elegerit de familia: Titius hæres duos de familia hæredes instituit, extero quadrātē fundi legauit, si sint alij de familia quadrantem illum petere possunt, excepta ea parte quadrātis ad quam isti hæredes, qui sunt de familia pro virili parte admitti poterant, quia hæc pertinebit ad legatarium admissa compensatione cum hæreditate. pone vltra duos institutos esse quatuor de familia, in isto quadrante fient sex partes, duas, quæ ad hæredes possent pertinere, habebit legatarius, & ita habebit tertiam quadrantis sibi relicti: alias verò portiones fū-di, scilicet nouem vncias, habent hæredes iure suo ratione institutionis. ex quo nota quod instituendo videtur eligere institutos, nisi quatenus extero legauit. sic in §. præcedenti, & hic textus est difficilis, sicut ille, & forsan longe difficilior. quare cùm non valet in totum legatum quoad quadrātem legatum, cùm apud hæredes quos grauauit in quadrante, & quos instituendo potuit grauare, remaneant alij tres quadrantes? Et certè videtur quædam repugnantia, vt valeat prælegatum in tribus quadrantibus, & non valeat legatum in integro quadrante, item est difficultas de qua in §. præcedenti quare sit secus in legatario, vt in §. *sed si fundum*, cùm hæres & legatarius quoad rem legatam videantur esse eiusdem rationis, vt in *l. id tempus, in §. fin. infr. de vsucap. & in l. in conuentionibus, infr. de verbor. significat. in fin.* Solut. non intelligo, nec reperio in Cumano.

Item not. cum Bart. ex textu iuncto principio, quod si testator iubeat vt eligatur vnus de familia, hæres grauatus potest eligere duos. idem tenent doctores hic & in §. sequenti. & *Zuar. in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. in 5. q. super l. regni. fol. 95.* quem vide *in eadem l. in 12. limit. circa fin. fol. 93.* & etiam potest diuidere tempus eligendo vnum, vt ille post tempus alij qui sit de familia restituat. vide quę dixi in §. *si de Falcidia*, & hoc tenet *Bartol. in §. sequenti.* ratio autem est, quia si eo non eligente veniunt omnes de familia, qui sint plures, quare idem non potest similem facere electionē? item ex electis nullus potest dicere, socium non debuisse eligi, quia quare magis ipse esset eligendus, alij autem non electi? neque hoc dicere possunt cùm sit in potestate nominantis eligendo vnum ex familia, vt ipsi excludantur, quorum nihil interest quod sint duo. & hoc intellige iure communi, quo maioratus in vna persona non erant cogniti, & idem in Italia vbi sunt hæc fideicommiss. familię, maximè Romæ, sed in Hispanis contra erit. nam si iubeat vnum eligi, non poterit eligere duos, neque si omittat eligere, venient omnes, sed maior natu proximior ex communi omnium maioratuum cursu & consuetudine, quia indiuisibilia sunt bona maioratus, vt bene notat *D. Ludouic. Molina in lib de Hispan. primogen. in c. 11. in num. 2. & in lib. 2. & in c. 4. in num. 42. 46.* quid per contrarium, si dixit vt duos eligeret, an possit vnū tantum eligere? & certè videtur quod non, sed vide quæ diximus in *l. cum quidam la magna, supr. eod. in num 12. & 13.* cætera vide per Bart. & Raphael. Cuman qui bene interpretatur text.

SVMMARIVM
ex §. Sed si fundum.

1 *An sufficiat vt minus legetur quam sit prædiū vel res.*
2 *Fideicommissum in dubio non est perpetuum iure cōmuni.*
3 *Immo neque perpetuum in familia extenditur, vltra quartum gradum.*
4 *Iure regni fideicommissa sunt perpetua.*
5 *Quid intersit inter prohibitionem de non alienando expressam vel tacitam.*

§. SEd si fundum hæres vni ex familia reliquerit, eiusque fidei commiserit, vt eum extero restituat, quæsitum est an hoc fideicommissum peti possit. dixi ita demum peti posse si fundi pretium efficiat, sed si quidem ille prior testator ita fideicommissum reliquisset,

set, Rogo fundum cui voles aut quibus voles ex familia relinquas, rem in expedito fore, quod si talia verba fuissent, Peto ne fundus de familia exeat, hæredis hæredem propter sequens fideicommissum quod in exterum collatum est, oneratum intelligi petitur is deinceps cæteris ex primo testamento fideicommissum, post mortem videlicet eius, qui primo electus est, & ideò si electo vno fideicommissum in exterum non conferatur. nam alias ei, qui electus est, fideicommissum præstandum erit, quam interpositis cautionibus, fundum cum morietur, si non in familia cum effectu relinqueretur, restitui.]

Oppo. quod etiam si alicui de familia relinquatur, si tamen extero sit locus fideicommisso, debeat restituere. vt *in* §. *precedent. & in* §. *si vno*. Solut. ibi loquitur de institutione, hic de legato, vide quæ ibi dixi, quia legando alicui de familia satisfaciat, etiam si extero iubeat restitui, & tenetur, si restituere tantumdem sibi sit legatum secundum Cumanum. Sed oppo. quod non est opus vt tantundem ei legetur, sed sufficit quicquid ei legetur, quia cum vtilitas sit pecuniaria, quæ ei relinquitur, tanti videtur æstimasse rem, in qua grauatur, vt *in l.imperator, in* §. *si centum, infra eod.* Solut. verum est quando grauatur in re propria, cuius æstimationem verisimiliter scire potest, & debet, hic verò in re quæ non fuerat sua, in qua ignorantia cadere potest ex mente Bartoli, & vide quæ diximus *supra isto titulo, in l. si cum fundus*.

2 Item oppo. *d.* §. *quod si talia*. Solut. ibi iussit ne exiret de familia, hic verò iussit nominari, vel eligi aliquem de familia, quod sufficit etiamsi in familia res non permaneat. vt in *l. si quis hæredem*, C. *de institut. & substitution*. ex hoc not. *Cuman*. hic. quod si testator iubeat hæredem relinquere rem in familia, non est fideicommissum perpetuum, sed sufficit vt res semel in familia relinquatur, vt hic. & ita nisi testator expresse iubeat, ne res exeat de familia, res remanet libera, & seruat suam naturam, quæ est vt quælibet res libera, & non seruiens censeatur, vt *in l. altius, C. de seruitutibus*. latè *Alber. Brun. in consil. feudali* 1. *& Ias. in l. si prius, in numer.* 41. *de noui oper. nuntiation. & in l. quo minus, in colum. antepen. infra de fluminib.* & vide *Boër. decis.* 115. *& Decium in consil.* 498. neque extendenda est prohibitio, ideo prohibens filium suum alienare extra familiam, non videtur prohibere nepotem, vt in *authent. de restitut. & fideicommis. Bartol. & Ias. in column. antepenult.* vbi alij doctores *in l. filiusfamilias, in* §. *diui, de legat.* 1. latissimè *Tiraquell. de vtroque retract. in* 2. *part. in* §. 1. *in gloss.* 6. *in num.* 23. & idem puto si hæredi simpliciter adijciatur, vt de primo hærede intelligatur, vt hic expressum est. nam si iussit hæredem in familia relinquere. neque prohibuerit, vt de familia non exeat, non est prohibitio perpetua, sed temporalis, vt bene *Bartol.* sentit

Franc. Sarment,

in *l. Lucius, in* §. *Sempronius, infr. de legat.* 3. quem refert *Tiraquell. vbi supra in num.* 19. licet aliqui male teneant oppositum, quos ipse refert in num. 24. quinimo iure communi etiam si iubeat ne perpetuò de familia exeat, hæc prohibitio vltra quartum gradum non progreditur. 3
vt probatur in *dict. authent.* dixit enim ibi testator, Permanere per omnia, & perpetuare in mea familia, & numquam egredi de meo nomine, vt mirum sit *Iacob. de Bello visi.* dicere illum textum non procedere quando expressè dictum est, vt perpetuò sit in familia, quod sequitur *Deci. in consil.* 481. & plura allegat *Ioann. Dilecl. Gualdens. in tractat. de arte testand. in titul.* 8. *in caut.* 2. *Hippolyt. de Marsil. in l sed si vnus, in* §. *cogiturus, in numer.* 40. *de quæstionib. & Curti iuni. in consil.* 88. *volum.* 1. *& D. Ludouic. Molina in libr.* 1. *de Hispan. primogen. in cap.* 4. *in num.* 30. quia verius est expressè ibi dictum fuisse, sed non extenditur vltra quartum gradum, quia ibi determinatum est familiam quartum gradum non excedere, quod per *l. fin. C. de verbor. signific.* interpretandum est, etiam comprehendere affines, generum scilicet, nurum, ideò voluntas vt perpetuò sit in familia, intelligitur dum est familia. quare autem non extendebatur in perpetuum familia diximus *in* §. *in fideicommisso, in l. cum ita, supra eodem*. & hoc iure communi.

Sed iure nostri regni res est sine controuersia, vt in *lege* 27. *Taur.* & vt diximus multum differunt maioratus huius Regni à fideicommissis iuris communis, & Italiæ. Nam in nostris vnus succedit tãtum, quia diuidi non possunt, & ideò cùm vnus solus sit successurus, erit natu maior, vt per *Zuar. in loco supra allegato*. & hoc verbum maioratus significat. & nota quod fideicommissa familiæ relicta diuersis modis iure communi, concipi solent. aut prohibetur expresse alienatio rei extra familiam, aliquando non expressè fit prohibitio, sed relinquitur fideicommissum vt moriens teneatur in familia relinquere: in hac vltima specie etiam videtur facta prohibitio de non alienando, quia rei subiectæ restitutioni prohibetur alienatio, vt *in l. final. in* §. *sin autem sub conditione, commun. de legat*. Sed tacita est hæc prohibitio, quæ effectum non sortitur, nisi tempore quo fieri debet restitutio, id est mortis hæredis grauati, quia antea non est ius alicui quæsitum, vt in *l. cum pater. in* §. *à filia de legat.* 2. *isto tit.* ideo interim fructus non pertinebunt ad fideicommissarium, sed erunt illius, in quem est facta alienatio, licet reuocabilis ex mente *Bart. in dict. l. fin. in* § *sin autem sub conditione*. & ita in hac vltima specie, sicut pertinent ad extraneum fructus dum viuit ille qui alienauit, poterunt etiam pertinere ad fiscum, si bona illius confiscentur, vel hæredis ante alienationem, quia ad fiscum transeunt omnia illa, quæ possunt ad extraneos hæredes transire, vt per glos. in *l.* 1. *infr. de bon. libert.* & ita intellige text. *in l. Status Flor. in* §. *Corn. Feli. inf. de iure fisc.* quæ ita debet concordari cum l. impe-

l. imperatores infra de fideicommissa liberta. & vide glos. in *l. cum pater, in §. libertis infra isto tit.* & *Ripam in l. filius familias. in §. diui de legat. 1. in num. 47.* & *ibi Ioan. Crot. in num. 42.* & vide *Deci. in c. cum ecclesiarum in col. fin. in vers. 4. de constitution. post Bal. in cap. 1. in §. si libellario. quib. mod. feud. amittat* vide text. *in c. 1. in §. fin. de capitul. Corrad.* & vide de mare *Bocrt. decis. 278. per totum, Gozadi. cons. 84 per totum*, ratio autem differentiæ est manifesta, quia prohibitio tacita de non alienando, quæ inest in fideicommisso post mortem restituendo est ad effectum fideicommissi, non enim restitui posset, si alienatio valeret, vt est expressum in *l. Stichus seruus meus, infra de manumis. testament.* ideo non potest hæc prohibitio tacita operari nisi eo tempore, quo est locus fideicommisso, quia inest in eo, quia committatur fideicommissum, & pars eius est. vide ad hoc tex. elegantem in *l. si sponsus in §. si maritus*, ibi neuter. *supra de donat. inter vir. & vxor.* & facit text. in *l. debitum, C. de remissio. pignor.* argu. contra in *l. quaro in §. Lucius supra de testamenta. tutel.* sed ibi est defectus potestatis, non voluntatis, quod nota, & quod bona prohibita alienati vel subiecta fideicommisso, non confiscentur in præiudicium fideicommissi, diximus *supra in § si de Falcidia*, & vide *Bal. & Cuma.* qui bene declarant istum text. cætera quæ hic per nostros modernos Hispanos dicuntur, redde coquo.

Selectarum interpretationum Finis.

DE

DE REDDITIBVS ECCLESIASTICIS AD S. D. N. PIVM V. PONT. MAX.

LIBER VNVS.

In cuius secunda, tertia, & quarta parte differitur, vtrùm clerici ea, quæ sibi superfunt ex redditibus Ecclesiasticis, in pauperes, & alios pios vsus erogare teneantur, ex lege iustitiæ, vel solum ex lege misericordiæ, vel charitatis: & quando has leges, vel earum alteram transgrediantur.

S. DOM. N. PIO V. PONT. MAX.

FRANCISCVS SARMIENTVS EIVS SACRI PALATII AVDITOR PERPETVAM FOELICITATEM.

PRoximis superioribus diebus Martinus ab Azpilcueta Nauarrus, vir integritate, & vitæ innocentia singularis quemdam libellum, qui de redditibus beneficiorum Ecclesiasticorum inscribitur, S. V. dicatum edidit, in quo saluberrimam quidem opinionem, & quam re ipsa sequi animarum saluti magis expediat: sed, vt plurimi existimant, duriorem, & ab omnium vsu, & consuetudine (si aliqua in hac re consuetudinis est habenda ratio) penitus disiunctam, ac separatam sequutus est, eamque summis viribus defendit. Verùm, cum non defuerint nostræ etiam ætatis pij eruditissimique viri, qui hoc argumentum non leuiter, sed summa cum diligentia tractantes contrariam sententiam duxerint esse potiorem, operæ pretium me facturum existimaui, si in hac causa cum alijs mihi communi, in qua non de paupere (quod aiunt) regno, sed de cœlesti, & summa omnium agitur, laborarem: & si quid conferre possem experirer, quod feci quidem quantum in breuissimo, & occupatissimo potui tempore succesiuis horis, quibus vacare licuit ab strepitu iudiciorum, grauissimisque negotijs, quæ B. V. voluntatem, & animum potius exemplo Christi, cuius vicarius es, quàm exiguas meas vires considerans, vnà cum amplissimis viris & integerrimis commisit: & ita eiusdem argumenti de redditibus Ecclesiasticis libellum conscripsi, quem B. V. seruitutis meæ symbolum consecraui, cuius laboris fructum satis me consecutum existimabo, si tot auctorum varijs opinionibus ostensis, alios, qui in hac re Christianæ reipublicæ adeò necessaria magis iuuare possunt, vt non desint, adduxero, ac incitauero: quod si B. V. quæ sapientibus, & insipientibus debitrix est, in re tam varia, & plena dissensionibus, inter doctissimos (in qua, re quidem ipsa, & exemplo iam diu præiudicauit) vt Apostolica sua auctoritate, ad quid ex præcepto teneamur, quidue ex consilio sequi expediat constituere velit, exorauero: maximum, & perenne beneficium mihi, atque omnibus collatum intelligam: hoc enim modo fiet, vt, sicuti pij homines alacri animo exemplum pietatis, sanctitatisque vestræ sequuntur, ita, qui infirmiores sunt, non grauiori oneri, quàm Christiana religio imponit, immeritò ex alicuius quamuis doctissimi opinione subijciatur, atque ita oppressus deficiat. Quod quidem me impetraturum esse certò scio, si ita rei Christianæ conuenire B. V. iudicauerit. Hoc vno saltem me huius laboris pœnitere non poterit, quòd in euoluendis in hoc argumento sanctorum Patrum decretis aliquas horas bene collocauerim, quorum doctrinæ verum exemplar sanctissima vita B. V. cuique iure esse videatur. Faxit Deus optimus maximus, vt Sanctitas Vestra commissum sibi gregem diu incolumis ita eo duce gubernet, & pascat, vt in futuro seculo cum alijs sanctissimis Christi Vicarijs perpetua fœlicitate fruatur.

TOTIVS

TOTIVS OPERIS
ARGVMENTA.

IN prima parte tractatur de natura Ecclesiasticorum bonorum, & dominio, atque eius acquisitione, & de possessionis amissione, & recuperatione. Hæc pars continet quatuor capita.

Cap. 1. agitur de origine, & natura rerum Ecclesiæ, & apud quem sit earum dominium.

Cap. 2. tractatur de his, quæ sunt necessaria ad rerum Ecclesiasticarum alienationem.

Cap. 3. de ratihabitione contractuum minorum, & Ecclesiæ, qui fuerunt sine solemnitate celebrati.

Cap. 4. vtrum omissio solemnitatis in contractibus Ecclesiæ, & minoris inducat defectum voluntatis, & an possessio ex tabulis contractibus amittatur, & de Canon. reintegranda, & aliis vtilioribus remediis ad recuperandum res male alienatas.

IN secunda parte variæ doctorum opiniones enumerantur circa obligationem expendendi redditus ecclesiasticos in pauperes, & alia opera pietatis. Hæc pars continet octo capita.

Cap. 1. continetur opinio Archidia. quæ est communis apud canonistas, quòd Clerici teneantur sub peccati mortalis reatu, & obligatione restituendi ea, quæ sibi supersunt de redditibus Ecclesiasticis in vsus pios distribuere.

Cap. 2. ostenditur, quæ sit opinio S. Thom. & quod clericos liberat ab obligatione restituendi, & eos dominos fructuum constituit.

Cap. 3. ponitur opinio Cardin. Zabarellæ, quæ clericos administratores cum libera constituit, eosq; dominos esse negat.

Cap. 4. ponitur opinio Hostiens. quæ clericos possidentes beneficia, cum administratione ab illis, qui beneficia simplicia possident, secernit, vt hi vsufructuarij semper, illi verò in vita tantum sint.

Cap. 5. ponitur opinio Caiet. quæ vult saltem Episcopum diuisionem antiquam sub restitutionis obligatione seruare debere.

Cap. 6. ponitur opinio illorum, qui opinionem Hostiens. de qua supr. in cap. 4. magis consuetudine, quàm iure defendunt.

Cap. 7. ponitur opinio eorum, qui consuetudinem non excusare clericos affirmant.

Cap. 8. ponuntur variæ doctorum sententiæ tam circa consuetudines, quam circa indulta testandi à sede Apostolica obtenta, & agitur de quotidianis distributionibus, & de pensionibus Ecclesiasticis, & de decimis possessis per laicos, & de fructibus commendarum. Ex iis octo capitibus triginta diuersæ colliguntur opiniones, quæ in sequentibus partibus examinantur.

IN tertia parte examinatur opinio Archidia. Hæc pars continet quinque capita.

Cap. 1. adducuntur rationes, & argumenta, quibus probatur opinio Archidia.

Cap. 2. tractatur de emptis per clericum de redditibus beneficiorum, & an ipso iure Ecclesiæ acquirantur vtiliter, vel directo, & quomodo obligatio personalis & realis concurrant.

Cap. 3. tractatur de diuisione bonorum Ecclesiasticorum facta per canones antiquos, & eius conturbatio cui sit imputanda.

Cap. 4. agitur vtrum ad eleemosynam exigendam possit dari actio, & an lex iustitiæ semper obliget ad restitutionem.

Cap. 5. ponuntur declarationes, quas ad opinionem Archid. ponunt doctores, quæ sigillatim reprobantur.

IN quarta parte tractatur de opinione B. Thomæ, & reprobantur opiniones contrariæ, & ponitur resolutio materiæ, & quando eleemosyna sit de præcepto, & an dominium rerum beneficiorum sit apud clericos. Hæc pars continet sex capita.

Cap. 1. Adducuntur argumenta pro opinione S. Thom. & ostenduntur absurda, quæ ex contrariis sequuntur opinionibus.

Cap. 2. examinatur opinio S. Thom. & defenditur ab argumentis aliarum partium.

Cap.3. tractatur de cõmutatione piarũ voluntatum, & onerum bonis Ecclesiasticis impositorũ.
Cap.4. tractatur de facultate testandi concessa à summo Pontifice, & de eius interpretatione.
Cap.5. tractatur quando eleemosyna sit de præcepto tam quoad clericos, quàm quoad laicos.
Cap.6. ostenditur quod licet clerici sint domini rerum beneficiorum, minor tamen licentia abutendi, quam per eos, qui vsufructuarios illos constituunt, conceditur, & quale sit officium clerici, presbyteri, & Episcopi.

DE REDDITIBVS ECCLESIASTICIS,

Pars prima.

De natûra Ecclesiasticorum bonorum, & dominio, atque eius acquisitione, & possessionis etiam amissione & recuperatione.

CAPVT I.

In quo de origine, & natura rerum Ecclesiæ agitur. & apud quem sit earum dominium, & quomodo acquiratur.

SVMMARIVM.

1. *Bonorum Ecclesiasticorum vsus qualis esse debeat ex Apostolorum obseruatione.*
2. *Per Apostolos non fuit Ecclesiæ ordinata paupertas.*
3. *Consilia Euangelica quando, & quomodo obligent.*
4. *Vtrum Apostoli paupertatem seruare fuerint obligati, & emiserint paupertatis votum.*
5. *Quare Ecclesia in Iudæa non possidebat prædia, & postea cœpit in gentibus possidere.*
6. *De paupertate Apostolorum & an votum emiserint.*
7. *Apostoli habebant dominium eorum, quæ sibi offerebantur.*
8. *Dominiũ non aduersatur perfectissimo Pastorali statui.*
9. *Episcopus an possit intendere augmento temporalium bonorum Ecclesiæ.*
10. *Paupertatis voto an soluantur Fratres facti Episcopi.*
11. *Panis, quo vescuntur Fratres Minores, an sit in eorum dominio, & quod in his rebus non possit dominium secerni ab vsu.*
12. *In his quæ vsu consumuntur, vsus, & vsusfructus à dominio non differunt.*
13. *Votum, vel lex non potest dominio naturali aliquem prohibere.*
14. *Dominium rerum conueniens est Episcopali perfectissimo statui.*
15. *Dominium rerum Ecclesiæ apud quem sit. & in parte 4. cap. 1.*
16. *Magis inspicitur persona in cuius vtilitatem datur, quàm persona cui datur.*
17. *Dominium rerum Ecclesiæ non est apud pauperes.*
18. *Clerici possunt viuere de redditibus beneficiorum, & conseruare bona propria.*
19. *Pauperes non constituunt collegium, nec vniuersitatẽ.*
20. *Intellectus §. & vnum hominem insti. de hæred. instit.*
21. *An dominium sit apud Ecclesiam, vel vniuersalem, vel particularem.*
22. *Dominium rerum ecclesiæ an sit apud Christum.*

LICET titulus, & argumentum huius libelli vsum fructum bonorum Ecclesiasticorum, non proprietatem eorum vocet in controuersiam, tamen, quia & vsus, & fructus aliquando pars dominij est, aliquando vero dominium est eorum causa, ideo operę pretium erit promiscue bonorum ecclesiæ originem, & naturam breuiter demõstrare.

Bonorum igitur ecclesiasticorum natura ab initio nascentis ecclesiæ ab Apostolis constituta, & per manus ad posteros transmissa duplicem vsum prospicere videtur, diuini scilicet cultus exhibitionem, & pauperum victum fidelium: ille, vt sustentationem ministrorum Ecclesiæ, & verbi Dei & diuini cultus instrumenta complectitur, ita latriam erga Deum, & opera charitatis spiritualia erga homines respicit, & amplectitur; hic vero subueniendo pauperibus in corporalibus charitatis operibus versatur: prior vsus semper præcedere debet, & anteferri, cum spiritualia corporalibus sint potiora. Ideo in Concilio Carthaginensi 4. omnia fere opera charitatis corporalia Episcopis interdicuntur, vt lectioni, orationi, & verbi Dei prædicationi, quæ in priori gradu connumerantur, melius vacare possint, vt infra latius ostendemus. Qui ordo vt in ministerio personarum, ita in distributione bonorum temporalium Ecclesiæ seruandus est, vt potius necessaria diuino cultui, & ministris tribuantur, si rei quantitas non sit sufficiens ad vtriusque vsus necessaria ministranda, vt in *c. quia tua fraternitas* 12. q. 1. Greg. apertissime sérit, ibi, Omne quod superest necessitatibus, in causis piis ac religiosis erogandum est, D. Magistro dicente omnibus, Quod superest date eleemosynam.]

illud

illud certissimum est, illa, quæ necessaria non
sunt, licet maximè ad ornatum diuini cultus,
& elegantiam pertineant, necessitatibus pau-
perum debere cedere, vt *B. Ambrosius* probat *in*
canone aurum habet Ecclesia.12.q.2. & D.Hieronym.
in c.gloria Episcopi. ead. causa & q. alia tamen ra-
tione in ipso ecclesiæ exordio, quàm nunc Ec-
clesia vtitur rebus ecclesiasticis,& Deo oblatis
vtebantur Apostoli. tunc enim fideles bona
vendebant propria, & pretium eorum ad pe-
des Apostolorum deferebant, vt in actis Apo-
stolorum legimus, & à possessione immobiliũ
Ecclesia abstinebat,sed pecuniam ex venditio-
nibus prædiorum oblatam in alimenta egen-
2 tium erogabat, nec vt propriam eam Apostoli
possidebant, non vt successoribus suis, vel ec-
clesiæ eam legem constituere velint: ad ea e-
nim quæ supererogationis sunt, nemo nisi ex
3 propria voluntate, & voto astringitur, quia
consilia euangelica solum volentem ligant
quoad opus, licet mentaliter ad illa omnes
obligentur: semper enim non solum Episcopi
& Clerici, quia strictiori obligatione tenen-
tur,verum quilibet fidelis ea mente, & propo-
sito esse debet,vt, si necessarium sit pro Dei a-
more,& animæ suæ salute,patrem,& matrem,
vxorem, & liberos, bona, honorem, & vitam
contemnat, & perdat, quod optimè in simili
explicatur ex elegantissimis verbis Pomponij
iurisconsulti in *l.si quis ita legauerit,ff. de cond. &*
demonst. vbi ita inquit, Si quis ita legauerit, dum
vxor mea cum filio erit, hæres meus ei tantum
dato. Si ea latitans patronum, de medio discef-
serit, vt tamen consilium retineret habendi se-
cum liberos deberi ei legatum. Trebatius, &
Labeo aiunt,quia non omne momentum exi-
gendum sit vt cum liberis sit, sed vt eã mentẽ
& propositum habeat, ne filium à se dimittat,
néve per eam ster quominus cum ea filius edu-
cetur.] faciunt ea quæ dicit *S. Thom. 2.2. quæst.*
184. art.7. & ideò martyrium est de præcepto
secundum animi præparationem,licet non ab-
solutè,vt probat *idem S.Thom.2.2. quæst.124.art.*
1.ad 3.& in addit.ad 3.partem. quodlib.4.q.10.art.
20. Ideò non tenetur quis se offerre martyrio,
deprehensus tamen fidei confessionem morti
præferre tenetur,vt eleganter *Gregor.Nazianz.*
animaduertit *oratio. 6. in monod.* primum enim
supererogationis est, quod de muliere Edisse-
na,quæ cum puero paruulo cucurrit ad marty-
rium,refert *Socrat.in Ecclesiast.hist.lib.4.cap.14.&*
Theodoret.lib.4.c.16. Secundum verò est neces-
sitatis, & ita *S. Thom. d. quæst.124.* Martin. 3. ad
primum. d. nullus est actus perfectionis sub
consilio cadens, quæ in aliquo euentu non ca-
dat sub præcepto, quasi de necessitate salutis
existens, re enim ipsa nisi ea necessitas ingrue-
rit,vt animæ salus periclitetur, solus is tenetur
ad ea quæ supererogationis sunt, qui ad id vo-
luntate,& voto expresso, vel tacito ordine,vel
officio ad id se obligauerit, ex mente *S.Thom.*
in quodlib.6.art.12.ad primum, & secundum,men-
taliter tamen (vt diximus) seruari debent con-
silia, quibus adeo sunt connexa præcepta, vt
seruari nullo modo possint,nisi mentaliter ser-
uentur consilia, & ita quantum ad animi præ-
parationem consilia, ab omni fideli sunt ser-
uanda, non tamen semper per executionem
operis, sed quando necessitas se offerat, vel si
speciali voto ad ea se obligauerit, vt post *san-*
ctum Augustinum in lib.de sermon.Domini in monte,
dicit *sanctus Thomas 2.2. quæstion.43.articul.8. ad*
quartum.

Et ideo, licet Apostoli aliquo tempore, ita
paupertatem seruauerint, & sancta mater Ec-
clesia, vt à possessione honorum abstineret:
id tamen non eo consilio factum est,vt semper
futuris temporibus obseruaretur:sed vel quod 4
eo tempore prædicationi euangelij, quo &
consilia,& præcepta continebantur, id obsta-
re videretur, cum difficile fuerit alijs, quod i-
pse non præstes persuadere,vel ob alias causas,
quæ colligi possunt ex *S.Thom.3.parte q.40. art.*
3. vel quòd Apostoli ad id propria voluntate se
astringerent,quòd videantur vouisse pertinen-
tia ad perfectionis statum, vt asserit *S.Thom.2.*
2.quæst.88.artic.4.ad tertium in fine,& Pelagius de
planctu ecclesiæ lib.2.c.60.colum.7. qui allegat *Au-*
gust.de ciuitate Dei lib.17.cap.4. vel quod eo tem-
pore, & consiliorum necessitas se ostendebat,
& ob id à Domino præcepta eis specialiter e-
rant dum eos dominus ad prædicandum misit
dicens *Matth.10.* Nolite possidere aurum, nec
argentum, nec pecuniam in zonis vestris, non
peram in via, neque duas tunicas, nec calcea-
menta, nec virgam,&c.] & *Luc.9.* & postea Pe-
trus nomine suo & aliorum Apostolorum di-
xit, Ecce nos reliquimus omnia,&c.] *Matth c.*
19. Vel quia (vt inquit Melchiades Papa) futu-
ram ecclesiam Apostoli in gentibus præuide-
bant. Idcirco prædia in Iudæa minime sunt ad-
epti: sed pretia tantummodo ad sinuendos e-
gentes, vt dicitur in *cap futuram 12. quæst.1.* vbi
subdit Vrbanus Papa in Canone sequenti. Vi-
dentes autem summi sacerdotes, & alij, atque
leuitæ, & reliqui fideles plus vtilitatis posse
conferre, si hæreditates, & agros, quos vende-
bant ecclesijs, quibus præsidebant episcopi,
traderent, eo quòd ex sumptibus eorum tam
præsentibus, quàm futuris temporibus plura
& elegantiora ministrare possent fidelibus
communem vitam ducentibus, quàm ex pre-
tio ipsorum, cœperunt prædia, & agros,
quos vendere solebant, matricibus ecclesijs
tradere,& ex sumptibus earum viuere. Ipsæ ve-
ro res in ditione singularum Parochiarum E-
piscoporum (qui locum tenent Apostolorum)
erant, & sunt vsque adhuc, & futuris semper
debent esse temporibus,] & notandum est se-
cundùm *Aluar.de Pelag. de planct. Eccle. lib. 2. c.* 5
55. col.5. quod *Melchiad. in dicto cap.futuram* in- „
tellexit, quòd Apostoli non sunt adepti præ- „
dia pro Ecclesia ipsa, quam præuiderunt futu- „
ram in gentibus, non pro se ipsis, quia Apostoli „
pro

pro seipsis non plus sunt adepti prędia in gentibus, quam in Iudæa. Sed nec illa fuit causa principalis, & vniuersalis: sed particularis, & accessoria, quia ratio principalis, & literalis fuit vt solius vitę necessarijs alimentis, & tegumentis contenti, *prima ad Timoth. 6. 12. q. 1. c. Episcopus.* Deo liberiùs vacarent, euangelio expeditius instarent, mundo exemplarius coruscarent, & vniuersorum necessitatibus promptiùs ministrarent, & prouiderent. Hæc sunt verba Pelagij, qui hoc latiùs prosequitur, & inter alias rationes col. sequen. dicit, quòd stante apice apostolicæ perfectionis Apostoli non poterant pro semetipsis in speciali, nec in communi, quantum ad ipsorum commoditatem propriam, prædia recipere, nec retinere in Iudæa, nec in gentibus: quia si vis perfectus esse &c.] & etiam allegat illud *Luca 9. & Matth. 10.* Nolite possidere, &c.] vbi *Chrysostomus* appellat illud præceptum, & dicit quòd specialiter fuit impositum discipulis, dum ad prædicandum Iudęis mittebantur: vel quod (vt supra diximus) ingruente necessitate illa, quæ aliàs erant de consilio, efficiuntur de præcepto, vel quia ratione officij, quod acceperant, quod alio modo eo tempore ministrari non poterat, illa merant tunc, quæ postea illa necessitate cessante, non obligabant: & ita Ecclesia, & eius ministri bona potuerunt habere, & licitè ea possederunt, & possident: vt post *S. Thom. 2. 2. q. 185 artic. 6.* & optimè explicat *R. P. Dominicus de Soto lib. 10. de Iust. & Iur. quæst. 4. art. 1.*

Sed vt hæc res plenius explicetur, non omittam dicere, quid sentiam, cum videam variè supradictos Patres in varias ire sententias, nec auctoritatibus satisfieri: maximè cum pontificalibus decretis aliqua ex parte repugnare supradicta videantur: nam *in extrauaganti, Cum inter nonnullos, de verborum significatione* Ioannes 22. apertissimis verbis determinat esse hæreticam opinionem affirmare redemptorem nostrum, ac Dominum Iesum Christum, eiusque apostolos in speciali non habuisse aliqua, nec in communi: item hæreticum esse affirmare Redemptori nostro, & eius Apostolis nequaquam ipsis rebus vtendi ius competijsse, nec ius vendendi, vel donandi eas res habuisse, aut ex ipsis alia requirendi. de quo latissimè *Card. Turrecrem. in cap. exemplum 12. quæst. 1.* vbi Alexand. transcribit (vt solet) eius dicta, & ante eos latissimè *Aluar. de Pelagio dicto loco.* & licet videatur hoc contrarium fuisse voto, quod emisisse Apostolos S. Thom. supra allegatus asserit: quia videtur, quod si vouissent, non possent dominium rerum habere, nec donare, vel vendere res sic habitas possent: sed ego puto, quòd quamuis vouissent Apostoli, vel firmiter proposuissent seruare omnia ea quæ sunt status perfectionis, non tamen paupertatem in specie vouisse, quia non semper ea ad statum perfectionis est necessaria; quia paupertas non est perfectio, sed perfectionis instrumentum, vt *S. Thom.* etiam fatetur in *2. 2. q. 184. artic. 3. in respons.* & *Ioannes Cassianus collatione 1. in cap. 7.* inquit. Ieiunia, vigilię, nuditas, meditatio scripturarum, ac priuatio omnium facultatum, non perfectio, sed perfectionis instrumenta sunt: quia non in his consistit disciplinæ illius finis, sed per illa peruenitur ad finem. in cassum igitur hæc exercitia molietur quisquis velut summo bono his contentus, intentionem sui cordis hucusque affixerit. & non ad capiendum finem, propter quem hæc appetenda sunt, omni conatu semet extenderit, habens quidem disciplinæ illius instrumẽta, finem vero in quo omnis collatus est fructus ignorat.] Et ideo dicit *idem S. Tho. in d. q. 184. art. 7. ad primum*, quòd abrenunciatio propriarum facultatum dupliciter considerari potest, vno modo secundum quod est in actu, & sic in ea non consistit essentialiter perfectio, sed est quoddam perfectionis instrumentum, vt supradictum est: & ideo nihil statum prohibet perfectionis esse sine abrenunciatione propriorum; sicut etiam dicendum est de alijs exterioribus obseruantijs. alio modo potest considerari secundum præparationem animi, vt scilicet homo sit paratus, si fuerit opus, omnia dimittere vel distribuere, & hoc pertinet ad perfectionem, (hæc sunt verba S. Tho.) Et ita isto modo credo vouisse apostolos, vel firmiter decreuisse seruare ea, quæ sunt status perfectionis, non autem paupertatem perpetuam specialiter vouisse. nec hoc est alienum à mente *S. Thomæ dict. q. 88. art. 4. ad 3. in fi.* qui dicit quòd apostoli intelliguntur vouisse pertinentia ad perfectionis statum, quod non infert vouisse paupertatem in specie. & ideo licet apostoli sequuturi Christum omnia reli- 6
quissent, & quando missi sunt ad prædicãdum eis præceptum à Domino fuerit, vt nec aurum, nec argentum possiderent: quod id, eo tempore conueniens erat: sequuturis enim Christum ab eo in euangelio dicitur, vt si velint esse perfecti, dimittant omnia sua, vt melius nudi nudam crucem sequantur, vt inquit *Diuus Hieronymus ad Nepotianum in cap. clericus 12. q. 1.* siue id ex præcepto Christi: siue ex propria voluntate, siue vtraque ratione fuerit impositum. tamen postquàm à Christo Domino nostro potestas ligandi, ac soluendi est concessa, & ex discipulis magistri sunt constituti, & pascendi gregem cura est eis commissa, videtur eis dominio bonorum non fuisse interdictum. nam vt *Ioann. Dried. lib. 3. de reg. & dogmat. sacra, script. pag. 216.* loquendo de baculo, & pera, Optimè, inquit, manifestum est & in rebus alijs Christum primitus dedisse præcepta quædam, quæ postea relaxauit: qui prius dixit In viam gentium ne abieritis, post resurrectionem dixit, Ite & docete omnes gentes, &c.] vbi etiam ponit alia quæ confirmant hanc intelligentiam, & ideo quamuis adolescenti dixit, Si vis perfectus esse &c.] à Petro, dũ Pastor instituitur, nulla exigitur paupertas, sed charitatis culmen, vt dicit

Frater

Frater Dominicus de Sot.dict.q.4 art.1. ideo etiam statim ipso in limine nascentis Ecclesiæ dominium
7 plurimorum Apostolos acquisiuisse apparet: quod enim à fidelibus ipsis offerebatur, nonne erat in eorum dominio? saltem in communi, vt late per *Card. Turrecrem. in cap. dilectissimi, 12. quæst.1.num.11.ad quartum, & in lib.2. de Ecclesia.cap.112.ad 12.* vbi late per ipsum, & in particulari. nonne huius dominij ratione pauperibus distribuebant? nonne fraudantes bonis oblatis morte mulctabantur? vt Ananias, & eius vxor Saphira morte temporali & perpetua experti sunt, vt *in actis Apostolorum* legitur, & *12. q.1. in dicto c. dilectissimi, beatus Clemens* explicat.

Licèt enim ipsi ea mente acciperent, vt in pauperes erogarent, & licet dantes etiam eo animo fuissent, & licet expresse hoc conuentum esset, dominium tamen ad eos transibat, vt in *l. si pecuniam. §. si seruum quu. ff. de cond. ob cau.* vbi not.glo. maxime, quia ex his bonis seipsos alere potuisse nemo non fatebitur. Dominium ergo Apostoli habebant effecti magistri, licet quando discipuli sub Magistro Christo erant, aliquando eorum voluntate, aliquando præcepto paupertatem profitebantur; hac tamen obligatione facti magistri fuerunt liberati, etiam si votum perpetuæ paupertatis emisissent, quatenus officio pontificali repugnaret, & in aliquo impedirentur ad exercendum Pontificale officium, quod esset si dominium bonorum non possent habere, vt pauperibus subuenirent & egentibus; vt ex *S.Thom.* colligitur *2. 2. q.185. artic.8. in responsione*, & vt ipse dicit expresse, vt sint tamquàm dispensatores *in 2.2.q.88 art.11. ad quartum.* Statui enim magisterij, & pastoralis curæ gregis non aduersa-
8 tur dominium, imo vtile est instrumentum, vt necessitatibus subditorum prouidere possint episcopi. Nam vt inquit *Diuus Ambros.* Sicut diuitiæ sunt impedimenta improbis, ita probis sunt adiumenta virtutis.] Huic sententiæ conuenit, quod de beato Paulino refert *Prosper in Canone expedit 12.q.1.* cuius verba sunt, Denique S.Paulinus, vt ipsi melius nostis, ingentia prædia, quæ fuerunt sua, vendita pauperibus erogauit: sed dum factus esset Episcopus non contempsit Ecclesiæ facultates: sed fidelissime dispensauit.] & paulo post. Quid Sanctus Hilarius? nonne ipse omnia sua, aut parentibus reliquit, aut vendita pauperibus erogauit? is tamé cum merito suæ perfectionis fieret Ecclesiæ Arelatensis Episcopus, quæ illa tunc habebat ecclesia, non solum possidebat, sed etiam acceptis fidelium numerosis hæreditatibus ampliauit.] Hæc exempla hodie seruat Ecclesia Catholica, vt qui paupertatem expresse vouerunt, ad culmen magisterij episcopalis erecti, ea lege quodammodo sint liberati: alios enim ea dignitas mores postulat, alia enim lex est perfecti discipuli, aliæ leges magistrum decent.
9 & ideo licet Episcopo, dummodo id fiat sine spiritualium damno, & pastoralis proprij officij, (quod in oratione, prædicatione, & sacramentorum ministratione consistit) anxia solicitudine remota, intendere multiplicationi temporalium ecclesiæ suæ, vt per *Card. Turrecre. in c. episcopus, tertio 88. dist.* de conseruatione enim nulla potest esse dubitatio, cum ex officij sui obligatione ad id teneatur, vt in dictis Canonibus, & expresse *S.Thom.2.2.q.43 art.8.* denique huic perfectissimo statui dominium nõ potest esse in culpa, sed vsus. Non est enim in rebus virium (inquit *Seneca*) sed in animo,] ad quod facit, quod dicit *S.Tho.2. 2.q.32. art.5. ad secundum*, Vt quiemunt, vt inquit *Apostolus 1. ad Corinthios c. 7.* tamquam non possidentes, & qui vtuntur hoc mundo tamquam non vtantur,] & ita perfectio euangelica in Episcopis est, vt tot rerum domini consilio apostolico vtantur ad *Timot.1.c.6.* qui ita inquit, Habentes autem alimenta, & quibus tegamur, contenti simus.]

Nec his obstat, quod *beatus Thom.2. 2. q. 185. art.8. & Card. Turrecrem.* qui cum transcribit in *cap. de monachis 16. quæst. 1.* velint monachum episcopum factum non solui à voto pauperta- 10
ris, nec summum Pontificem dispensare in voto paupertatis, vt in *c. cum ad monasterij de stat. monach. in fi. & S.Tho.2.2.q.88 art.8. ad quartum, & q.185. art.8.* not. gloss. in *dicto c. de monachis*, quia vt ex ipso S. Thom. colligitur, quatenus votum monachale impediret officium Pontificale, est sublatum per assumptionem ad episcopatum. impediret verò, si episcopi facti non possent habere dominium eo modo, quo supra dictum est de dominio, quod habebant Apostoli, vt sic eo vtantur, ac vtebantur Apostoli ad prouidendum egenis, & sicut dispensatores, vt per *S.Thom. vbi supra, & Card. Turrecrem. c. non dicatis num.2.12.q.1.* licet *Sotus in dict. lib. q.5. art.7.* amplius eis concedat, sed non ex mente S.Thomæ, ex his vana mihi videtur illa quæstio Pelagij, an vestes Petri, quibus indui eum Angelus iussit, essent Petri, quoad dominium, vel vsum tantum: primo, quia Petrus nõ emiserat votum paupertatis in specie, item quia etiam si emisisset, eo tempore, quo alloquutus est eum Angelus, solutus prędicta lege paupertatis erat, quatenus dispensationi, & ministerio gregis bona erant, vel necessaria, vel erant vtilia pietatis instrumenta, vt infra dicemus: quinimò, etiamsi non esset ab obligatione paupertatis liberatus, tamen vestium, quibus induebatur dominus erat Petrus, & panis, quo vescebatur, & hodie fratres beati Francisci ve- 11
scuntur, (licet eorum ordinis *Aluar. de Pelag. in dicto tract. de planctu Ecclesiæ cap. 56. per plures, & plures columnas* nimis hanc rem vrgeat) in dominio Petri tunc erat, & fratrum S.Francisci hodie est, nisi velis eius panis, qui ipsorum dentibus teritur, eo tempore non esse eos dominos, quod naturali rationi manifestè repugnat. quod si eo tempore in eorum dominio est, & antea, cum ad hoc manibus capitur, erit & per conse-

Contra Sotum.

consequens, cùm in eorum præsentia in mensa ponitur, & cum à fidelibus eleemosynæ causa traditur: alioquin cuilibet è manibus eorum eripere liceret, cum ea, quæ in nullius bonis sunt, cuilibet occupare permissum sit. quod si fures, & latrones sacrilegos, qui à talibus supradicta eriperent, iure quis appellet, ergo eos dominos esse consequitur, & necessarium est. & licet his rebus vti possint fratres à superioribus prohiberi, & eis auferri possint, id tamen ratione obedientiæ, quam vouerunt magis quàm ratione paupertatis est. nec hoc facit, quin interim domini sint, vt in *l.2. ff. de indi. addict.* & apparet ex his, quæ dicemus in 4. parte in c.5 num.11. nec obstat tex. in *l. id vestimentum ff. de peculio*, quia ibidem dominus est capax, ideo apud eum potest residere dominium vestimentu seruorum, sed in monachis non magis est capax superior, quàm cæteri fratres, ideo dominium harum rerum, quod in vsu consistit, est apud eum, apud quem est vsus: quicquid *Specula. titul. de actore num.* 51. in ijs enim rebus, in quibus non facilè vsus à proprietate secernitur, concesso vsu, & proprietatem concedi necessarium est, vt multis notabilibus argumentis probat eleganter *summus Pontifex Ioannes 22. in extrauaganti, ad conditorem. de verbo. signi.* quæ colliguntur in *l. si tibi vini. ff. de vsufruct. earum rerum, quæ vsu consumuntur*, vbi inquit *Caius*. Si vini, olei, frumenti vsusfructus legatus fuerit, proprietas ad legatarium debet transferri] & expresse *sanctus Thom. 2.2. quæst. 78. artic. 1. in conclus.* quia ita inquit: „ Vnde in talibus non debet „ seorsum computari vsus rei ab ipsa re, sed cui„ cumque conceditur vsus ex hoc ipso conceditur „ res, & per hoc in talibus per mutuum trans„ fertur dominium. quod naturali necessitate contingere probat *idem Caius in l. 2. §. nec .n. naturalis, eodem tit.* & probatur in *§. constituitur insti. de vsufruct.* vbi tex. inquit. Nam hæ res neque naturali ratione, nec ciuili recipiunt vsumfructum &c.] & *S. Tho. vbi supra in respon ad 3.* Nec in his speciebus differt vsusfructus ab vsu, vt probat *Vlpianus in l. hoc Senatus consultum. in §. si. ff. in eod. tit.* & ita vsus, vel vsusfructus harum rerum proprietas est, cum non possit vsus à dominio separari, vt etiam probatur in *l. si à furioso, & in l. nam etsi fur, & in lege si filius famil. in l. non omnis in §. si pupillus. ff. si certum petatur. & in l. si quis pro eo §. si nummos. ff. de fideiuss.* & licet in rebus alienis ante consumptionem non detur dominium, vt in dict. ll. probatur, tamen in his, in quibus domini voluntate conceditur vsus, dominium cum vsu transire necesse est, vt in *dicta l. si tibi.* & licet ipse Ioannes 22. verbo Dominiũ non vtatur, vtitur tamen verbo Iuris, quo verbo dominium significatur, nullo apud aliud quam vtentem dominio constituto: sed ea ratione verbo dominij abstinere voluit, vt fratres minores intelligant hoc dominium, quod ipsi habent, ita sola necessitate naturæ inniti, adeoque à legis positiuæ dominio esse semotum, vt vix dominij nomen possit vendicare: & ideo pecunia, quæ inuentio est hominum, non naturæ, ob eam enim causam (vt inquit *Aristoteles*) nomen duxit, quòd non à natura νόμισμα, sed à νόμῳ, id est lege numus sit ortus, abstinere omnino voluit, etiam si ad comparanda ea, quæ natura ipsa necessaria sunt, sit instituta, aliarum autem rerum, quæ ad victum, & vestitum omnino sunt necessaria, dominium conceditur. Nec huic dominio obstat votũ quodlibet, vel obligatio paupertatis. Votum enim, vel obligatio talis omne dominium respuit, quod lege positiua potest induci, vel tolli, dominium autem tale, quod lege naturæ est necessarium non lege, vel obligatione potest impediri: nulla enim ratione effici potest, vt quis obligetur, vt à fame, & frigore, & ab alijs humanæ naturæ hostibus non se defendat. Nam aduersus periculum (inquit *Caius*) naturalis ratio permittit se defendere] in *l. itaque ff. ad l. Aquiliam.* ideoque si dominium panis, & similium ad famem, & frigus expellendum, est necessarium, prædicto voto non comprehenditur, nullum enim potest fieri paupertatis votum, quo à necessario victu, & vestitu quis prohibeatur, vt in *c. exijt. § porro, verbo profecto. de ver. signifi. lib. 6.* Omnia enim, quæ legi naturæ directo opponuntur, ab omni lege, voto, & obligatione videntur exempta, vt infra latius dicemus, ex quo fit, vt neque dominium harum rerum eo tempore, quo sunt necessariæ prohibeatur: in futurum tamen sibi prouidere, cum naturæ necessitas præsens solum tempus respiciat, vt infra dicemus, voto poterit excludi, si specialiter in hoc emittatur: & supradicta colliguntur ex *dicta extrauaganti ad conditorem.* quicquid *Aluar. de Pelag. in dict. cap. 56. cum sequentibus*, & præcipue in *cap. 59.* nititur concordare *dict. extrauagantem ad conditorem. Ioan. 22.* cum *d. c. exijt de verb. signif. lib. 6. Nicolai IIII.* cuius in hoc vanus est labor, cum idem Ioan. 22. in *extrauaganti, quia quorumdam. eod. tit. de verb. signi.* per plures columnas id prosequatur. Ex cuius dictis apparet fieri nulla ratione posse, vsum facti ita esse remotum à Iure, vt sine eo iuste possit reperiri. nec ijs obstat *de stipulat. seruo. §. sed cum factum*, quia nec ibi illud factum est remotum à iure, cum ex obligatione, & ciuili, & naturali foueatur. Si enim omnino iure destitueretur, impunè posset seruus ille vti prohiberi. quinimò prædicti dominij naturalis capax seruus, vt videtur in *l. seruos, ff. de aliment. leg.* iunct. *l. quod attinet, de reg. iur. & l. nec seruus, ff. de pecul.* ex quibus prædictum monachorum dominium satis probari videtur.

Li.5. Ethic. cap.5.

13

Contra Aluar. de Pelag.

Dominium ergo, quod vitæ humanæ necessarium est. & lege sola naturali nititur, nulli est prohibitum in ecclesia Dei: dominium vero humano iure & gentium excogitatum, & non solum ad sustentationem naturæ, sed ad commoditatem ciuilem, siue politicam, solis illis interdictum est, qui propria voluntate, & voto,

voto se incapaces reddiderunt, quod domi- 14 nium non solum non est contrarium ecclesiæ instituto, & episcoporum perfectissimo statui, sed ijs, quibus cura gregis commissa est, maximè conueniens, & necessarium. Ideò & istud dominium Apostoli habuerunt, postquam ex discipulis magistri à Domino nostro fuerunt effecti: & ita iure opes sacerdotes, & Episcopi possident, vt etiam Ecclesia declarauit damnando contrariam impiorum hæreticorum sententiam superioris temporis, quam tenuit impijssimus Ioann. Vviclef. & eius discipulus Hieronymus de Praga. quem semel abiurationis iam factæ expressè pœnituit, & ita combustus in hoc mundo arrham æternæ damnationis accepit. habere igitur potest ecclesia bona mobilia, & immobilia vt habet, imò necessarium est, vt fidelium necessitates subleuare possit, & ministros, & diuinorum ministerium sustentare.

Horum dominium variis ex causis acquirere ecclesia solet, aliquando iure sibi deferuntur, vt in decimis videmus, *c. ecclesias.* 13.*q.*1. Aliquando largitionibus conferuntur fidelium, vel ex cæteris contractibus, quibus omnes alii vtuntur, per suos administratores acquirit. Horum autem bonorum administratio, & potestas episcopis ab illis temporibus, quibus ecclesia cœpit bona conseruare, est concessa, vt in *cap. videntes, versic. ipse verò*, cuius verba suprà recitauimus, & probatur etiam *eod. tit. cap expedit.* vbi dicit text. Cum Præpositus factus fuerit ecclesiæ, omnium, quæ habet ecclesia efficitur dispensator,] & in *c. quisquis Episcopus.* 12.*q.*2. idē dicitur in *c. Episcopus, & ex canone Apostolorum, c. præcipimus.* Præcipimus, vt in potestate sua res ecclesiæ episcopus habeat. Si enim animæ eorum pretiosiores illi creditæ sunt, multo magis oportet eum curam de pecunia agere, ita vt potestate eius indigentibus omnia dispensentur per Presbyteros, & Diaconos, & cum timore, & omni solicitudine ministreutur.]

Apud quem autem harum rerum dominium sit, non est apud nostros parum controuersum: gloss. enim in *c. expedit.* 12.*q.*2. ponit varias opiniones. pro quarum intelligentia repetendum est, quod supra diximus in principio, quòd bona ecclesiastica in hoc destinata sunt, vt ex eis, tam ecclesiæ ædificia, quàm ornatus necessarii conseruentur, item vt Prælati, & ministri sustententur, & pauperibus subueniatur, vt probatur per plures text. 12.*q.* 2. vt *in c. vobis, & cap. Vulterrana, & cap. concesso, & c quatuor, & c. de redditibus, & c. cognouimus, & c. mos est, & cap. sancimus.* Cùm igitur omnibus istis vsibus, & ministeriis res ecclesiæ sint destinatæ, apud quem dicatur esse dominium, doctores variis
15 in locis disputant, tam in *dicto cap. expedit*, quàm in *cap. cum super, de caus. poss. ff.* & propriè. vbi post *Innocent. Abb. & alios, idem Abb. in repetitione, cap. cum esses, num.* 29. *de testament. Fab. §. nullius, de rerum diuisio.* latè *Cardin. Turrecrem. in cap. videntes,*

12.*q.*1. *& in canone quisquis*, cuius dicta transcribit, vt solet *Cardin. Alexand. in dict cap. expedit.* ponit etiam *idem Cardin Alexan. c.* 1. 44. *distin.* & erant, qui dominium rerum ecclesiarum apud pauperes esse dicebant, vt gloss. *dict cap expedit*, refert per textum *in cap. quoniam quicquid* 16.*q* 1. vbi *Hieronymus* inquit: Quicquid habent clerici, pauperum est.] & infra. Qui autem bonis parentum, & opibus sustentari possunt, si quod pauperum est accipiunt, sacrilegium profectò incurrunt.] & in *c. decima eadem caus. & quæst.* dicit *D. August.* Decimæ tributæ sunt egentium animarum,] & inferius. Decimæ etenim ex debito requiruntur, & qui eas dare noluerint, res alienas inuadunt, & quanti pauperes in locis suis, vbi ipse habitat, illo decimas non dante, fame mortui fuerint, tantorum homicidiorum reus ante æterni iudicis tribunal apparebit, quia rem à Deo pauperibus delegatam suis vsibus reseruauit.] & textus in *dict. c. Episcopus,* 12.*quæst.* 2. cuius verba suprà sunt posita. facit etiam text *cap. futuram.* 12. *quæst.* 1. vbi inquit Melchiad. quod pretia prædiorum Apostoli accipiebant ad subueniendos egentes: & ita videntur pauperum causa bona ab Ecclesiis fuisse accepta vt egenis prouideretur. innumerabilia sunt sanctorum Patrum similia decreta, quæ bona Ecclesiæ bona pauperum appellant. ex quibus videtur dominium harum rerum apud pauperes esse, nec hoc impedit, quòd bona hæc à fidelibus in Ecclesia, non in pauperum potestate ponantur, quominus pauperum fiant. Nam & si filiæ nomine genero, aut sponso dotem dare quis iusserit, non gener, aut sponsus, sed filia habet actionem, cuius maximè interest indotatam non esse,] vt inquit tex. *in l. seruo legato*
§. si testator de legat. 1. Non enim inspicimus cui 16
datur, sed cuius causa, & contemplatione datur, vt ibidem, & in concordan. in glos. allegatis. optimus text. in *l. cum dotem. ff. ad legem Falcidiam.* Vbi inquit *Marcellus*, & sanè in plerisque ita obseruatur, vt omissa interpositi capientis persona expectetur.] Vbi concordant. in glos. bonus textus in *authent. vt de cætero non fiant commut. rerum ecclesiæ, versi. de cætero collum.* 5. text. in *l. cogi. §. hi qui solidum. ff. ad Senat. cons. Trebelli.* optimus tex. in *l.* 3. *§. item si quis, & §. sed si proponas, & § hoc amplius. ff. de legat. præstand. bonor. poss. ff. contr. tabul. pers.* vbi cōcordant. in glos. optimus text. in *l. an seruientem in §. non vtique & in § præterea ff. de bono libert.* facit etiam text. in *l. Sulpitius. ff. de donationib. inter vir. & vxor.* ex quibus possemus satis ornare, & dilatare hoc argumentum, si non solius vtilitatis rationem haberemus. *Bartholomæus Socinus* aliqua huic consona ponit *cons.* 49. *volum.* 4. *numero* 12. *cum sequent. Iason in l. Marcell. num.* 4. *cum sequent. ff. ad Senat. consult. Trebell. & Emanuel de Acosta* eruditissimus Lusitanus *in repet. l. cum tale, §. si arbitrat.* 5. *ampli. ff. de condit. & demonst.* qui se remittit etiam *ad repet. cap. si pater, de*

testam. libr. 6. in verb. Trebellianica, cuius lectura nondum ad manus nostras peruenit.

His consonare videntur verba cuiusdam constitutionis Iustiniani, quam cum alijs habemus diligentia R.P. Antonij Augustini Episcopi olim Alifani, in auditorio Sacri Palatij collegæ nostri clarissimi, nunc Ilerdensis Episcopi meritissimi, totius antiquitatis paratissimi promptuarij, quæ constitutio est in *titul. de sacrosanct. eccles. num. 26. incipiens cum in multis*. vbi Iustinianus approbans institutiones de Iesu Christo Domino nostro factas interpretando per eas ecclesiam vocatam, subdit hæc verba: Ea autem omnia deferuntur ecclesijs, vt in pauperum educationem distribuantur.] ex quo apparet ecclesiam mediam personam esse, per quam pauperibus acquiratur.

Supradicta autem, vt inspiciatur persona, in cuius vtilitatem fit dispositio, non illa, quæ expressè in dispositione vocatur procedunt, non solum quoad actionem personalem, verum etiam quoad vendicationem, & sic quoad dominium, vt in *l. quoties, C. de don. quæ sub mod.* cum multis, quæ trad. recentiores post *Bart. l. qui Roma, §. Flauius Hermes, de verbor. oblig. & in l. certi condictio, §. si nummos, ff. si cert. petat.* Si ergo causa pauperum hæc bona ecclesiæ conferuntur, pauperibus dominium eorum acquiretur.
Sed ista opinio non potest esse vera ex pluri-
17 bus rationibus. Primum, quia cùm hæc bona
non solum sint destinata pauperibus, sed etiam in alios vsus, vt ministrorum ecclesiæ, non est cur magis sit hoc dominium apud pauperes, quàm apud dictos ministros: maxime quia prima causa ministrorum est, vt suprà probauimus, & non obscurè *D. Clemens libr. 2. constitut. Apostolic cap. 29.* dum ita inquit, Conuenit igitur, vt quemadmodum onus sustinetis ipsi, ita quoque fructuum primi participes sitis, vt egentibus partem suppeditetis, vt qui rationem reddituri estis ei, qui falsas rationes non est accepturus. Ergo si pauperibus præferuntur in vsu. quare non præferantur in dominio? nec potest dici, quod etiam ministri, pauperum numero sint habendi, cùm diuites ministri, non debeant bonis ecclesiasticis ali, vt *1. q. 2. c. clericos*, vbi inquit *Hieronymus*, Clericos autem illos conuenit ecclesiæ stipendijs sustentari, quibus parentum, & propinquorum nulla suffragantur bona. Qui autem bonis parentum, & opibus suis sustentari possunt, si quod est pauperum accipiunt, sacrilegium profectò committunt, & per abusionem talem iudicium sibi manducant, & bibunt.] & eleganter *Prosper in cap. sequent. incip. Pastor, & in cap. si quis propter, & in c. Sacerdos, idem Prosper in cap. illi autem, 12. q. 1. & Augu. in cap. fin. eadem causa, & quæstione, & ex canonibus Apostolorum in cap. ex his, eadem causa & quæst.* quia illa decreta procedunt ante factam diuisionem, vel etiam post diuisionem, quando in communi sub regula viuebant clerici, quo tempore adeò non licebat possidere bona temporalia, & viuere de bonis ecclesiæ, vt diceret *August in cano. certe. 12. quæst. 1.* Qui volunt habere aliquid proprium, quibus non sufficit Deus, & ecclesia eius, maneant vbi volunt, & vbi possunt, non eis aufero clericatum, nolo habere hypocritas.] de his etiam loquitur *Hieronymus in cap. Clericus, & in cap. duo sunt genera, 12. quæst. 1. & in cap. quoniam, 16. quæst. 1.* ex quo apparet clericos eo tempore fuisse regulares, & vixisse in communi, sed clerici, qui non sunt regulares, & quibus portio sua est assignata, vt hodie factum esse reperitur erectis beneficijs, possunt etiam si diuites ex patrimonialibus
bonis sint, viuere de fructibus suorum benefi- 18
ciorum etiam retenta opinione illorum, qui tenent, quod clerici teneantur sub peccati, & restitutionis vinculo, quod superest à sua congrua sustentatione in pauperes, vel pias causas elargiri, vt post Innocentium tenet *Abb. & alij in cap. Episcopus, de præbend.* & sequitur *dominus Martinus Nauarrus in dicto suo tract. de Redditibus beneficiorum ecclesiasticorum quæst. 1. numer. 78. & Reuerendiss. Episcop. Segobiens.* Iuris pontificij consultorum nostræ Hispaniæ facilè princeps in suis eruditissimis *Commentarijs, extrau. de testament. in cap. 1. num. 2. & in cap. cum in officiis etiam, in num. 2. versic 3. & R. Frater Dominicus de Soto, de iustit. & iur. lib. 10. quæst. 4. artic. 2.* Cùm ergo clerici, etiam non pauperes possint sine peccato de fructibus Ecclesiasticis sustentari, non po-
test dici, ad solos pauperes dominium rerum 19
Ecclesiasticarum pertinere. Præterea cùm pauperes incerti non constituant vniuersitatem, nec collegium, vt sentit *Bald in l. id quod pauperibus, C. de episcop. & cleric.* non potest esse dominium apud eos tanquam vniuersos, quod efficere solet, vt dominium semper sit apud eandem vniuersitatem vel collegium, vt est elegantissima *l. proponebatur, ff. de iudiciis*, in qua inquit *Alphenus*. Nam & legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent, & populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cùm ex illis nemo nunc viueret; itemque nauem, si adeò refecta esset, vt nulla tabula eadem permaneret, quæ non noua fuisset, nihilominus eandem esse existimaui, quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore, vt ex eius ratione nos ipsi non idem essemus, qui ab hinc anno fuissemus: propterea quòd, vt Philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, eædem quotidie ex nostro corpore decederent, aliæque extrinsecus in earum locum accederent, &c.] Apud singulos autem pauperes dominium esse non potest, quia nec in varias personas, & incertas dominium, nec per varias, & incertas res est ambulatorium, vt in *l. apud Aufidium, in fin. ff. de optio. legat, versic. quin etiam*, & per recent. in *l. 1. de legat. 1. vbi Ripa num. 53. 54. 55.* & in specie nostra est textus *in l. si quis ad declinandam, C. de episcop. & cleric. & in l. nulli*, maxime, quia paupertatis

qualitas

20 qualitas non est certa lege diffinita, vt qui verè sint pauperes dicere possimus, & ita potes respondere ad textum *in §. & vnum hominem, institut. de hæred. institut.* maximè, quia id, quod text. dicit in infinitum, non eo pertinet, vt infinitum quicquam admittatur, quod legibus reprobatum est, & natura ipsa repugnat, sed vt intelligatur non esse præfinitum numerum eorum, qui possunt hæredes institui, & ita cessabunt, quæ ibi gloss. ponit. & quod peius *Angel.* licet id valde commendet ibi in fin. contra notissima iuris principia, quæ ponit *Dinus in regul. qui prior est tempore de regul. iur. libr. 6.* Quod sæpissimè ei contingit. nec etiam supradictis obstant sanctorum Patrum decreta supra allegata, quæ bona clericorum, & ecclesię pauperum esse, toties inculcant, & nobis ante oculos repræsentant, adeo vt in prouerbium iam hoc abierit, vt inquit *F. Dominic. de Soto, vbi supr. q. 4. artic. 2. in princip.* vel si verius dicere volumus, procul verbum hoc à nobis abierit. Nam non dominium, de quo quæstio est, significãt, quia hę authoritates, quę bona ecclesię, & clericorũ bona pauperum appellant, prius ea ecclesiæ, & clericorum vocant, nec potes dicere esse clericorum quoad administrationem, vel possessionem, pauperum autem quoad dominium: Nam omissa vi illorum verborum ecclesiæ, & clericorum, quæ dominium solent significare; vt *in l. 2. ff. de relig. & sumpt. funerum.* non est, cur magis domini sint pauperes, quàm prædicti, qui ex his bonis etiam sustentari debent: ideò autem pauperum maior habetur ratio, & crebrius fit mentio, quia videbant, & præuidebãt Sancti, esse pauperes neglectos, & negligendos magis in futurum, charitate refrigescente. Ecclesiarum autem, & ipsorum clericorum non ita defuturos, qui curam gererent, quòd ij in suis rebus adeò diligentes admonitione non indigeant. Ecclesiarum autem indemnitati clericos ipsos, vel ex auaritia, ne laicos ab eleemosynis, & oblationibus, & donarijs auertant, vel quod in eis continuò versari debeant, facilè prospecturos. Ideò sæpè abundantiam, & curiositatem legimus exprobratam, vt in *c. aurum habet Ecclesia, & in cap. gloria Episcopi, 12. q. 2.* vbi maximè in hoc vrget *D. Hieronymus.* at numquam legimus largitiones, vt nimias in pauperes non laudatas, sed assiduè commendatas, vt in *cap. si quis, 42. dist.* & pauperes semper, vt dominos rebus nostris superimpositos, vt eorum non obliuiscamur, non autem hæc Sancti Patres adeò repetunt, quod existiment dominium harum rerum apud pauperes esse, item quia, vt hæc optimè prosequitur, & explicat *Frater Domin. de Soto, in dict. quæst. 4. art. 3. colum. penult. ad primum*, est quædam Sanctorum Patrum hyperbole, vt auaritiam contra liberalitatem, & misericordiam magis exprobrẽt: quæ verba non importare dominium ex eo apparet, quia dicti sanctissimi Patres etiam bona laicorum vltra sibi necessaria pauperum esse dicunt, vt ex *diuo Ambrosio in cap. sunt hi, 47. distinct.* & ex alijs locis per *fratrem Dominicum de Soto.* & quæ infra in 4. parte, cap. 5. adducemus probatur. & ita etiam ex his respondetur ad ea, quæ dicta sunt per *legem cum dotem, ad legem Falcidiam.* quia non est verum pauperum tantum contemplatione & causa, dicta bona ecclesijs conferri, vt dictum est.

Contra Angel. Aretin.

Nouellæ autem Iustiniani eandem interpretationem reciperent, si & ille liber authoritatem haberet. non enim eo consensu, & approbatione constitutiones illæ sunt receptæ, nec in compilatione, quæ Iustiniani voluntate est facta, sunt comprehensæ, licet ad antiquitatis cognitionem magni sint æstimandæ. Præterea authoritas Iustiniani in hac re parum promouere potest, etiam si eandem illis constitutionibus, quam C. quem habemus, & maiores nostri sunt interpretati, cõcederemus: quia in his rebus, quod sacri canones, non quod Principes seculi etiam pijssimi statuant, est obseruandum, vt per docto. in *cap. Ecclesia S. Mariæ de constitutio. Fortu. de vlt. fin. illatione 14. nu. 227. cum sequen.* In re tamen obscura, & ambigua scire, qualiter vulgo illis temporibus acciperetur, non esset res negligenda, sed hęc sacris Canonibus adeo tractata sunt, vt nullius externi auxilium sit perquirendum. & hæc quantum ad opinionem positam in gloss. circa dominium rerum ecclesiasticarum, secunda opin. recitatur ibidem per gloss. vbi ait, potest dici, quòd Ecclesia sit domina. *16. q. 3. cap. inter memoratos.* sicut hæreditas est domina, vt *ff. de acquirend. rer. domin. in l. hæreditas.* hæc autem opinio in duas scinditur opiniones. Nam alij dominium rerum omnium ecclesiarum esse Ecclesiæ vniuersalis, alij verò illius solius Ecclesiæ, cui sunt specialiter applicatæ, alij verò, apud ecclesiam materialem, seu lapideam, prout muris comprehenditur, dominium esse volunt, quod glossæ supradictæ contrarium est, cum, sicut hæreditas habet dominium, quæ etiam sine nullo corpore iuris intellectum habet. *ff. de pet. hæredit. l. hæreditas. & ff. de bonor. possess. l. 3. in §. hæreditas.* ita habeat dominium ecclesia, vt dicta glossa vult, & licet alias dicatur rei etiam materiali, & inanimatæ seruitutem deberi. *ff. de negot. gest. in l. qui in aliena, §. final.* ibi sententia prædio datur,] not. *Bartol.* in diffinitione seruitutis realis, quam ponit *in l. 1. ff. de seruitutibus*, & probatur in *l. 2. §. 1.* ibi fundo debeatur.] *ff. si seruus vendic.* Textus notabilis in *l. sed & loci, §. si alter fundus, ff. fin. regund.* ibi: quoniam magis fundo, quàm personis adiudicari fines, vel partes intelliguntur,] non tamen receptum est, vt quod de seruitute dicitur, de dominio dici possit. maximè quia nec seruitus adeo res fundi dici potest, vt remota ab omni persona ius illius seruitutis reperiatur: cùm ex persona domini prædiorum, vel extinguatur, vel sustineatur, vt in *lege tria prædia, ff. de seruitut. rusticor. prædior.* facit etiam, quæ notat 21

Bart. in l. si prius, col. 8. num. 13. ff. de nou. oper. nuncia. & quæ ibi *Ias. numero 11.* Ideo hæc intelligentia, quòd dominium sit ecclesiæ materialis, ab omnibus explosa est. Prior autem intelligentia, quòd dominium sit apud ecclesiam vniuersalem, dominium (inquam) rerum omnium ecclesiarum particularium, non autem apud ecclesias particulares, non est vera, vt ex ijs, quæ dicentur in sequenti opinione apparebit: quia potestas seu dominium, quod est in vniuerso non impedit, nec comprehendit dominium singulorum. Imperator enim, qui dicitur dominus orbis sibi subiecti, vt in *l. deprecatio. ff. ad le. rod. de iact.* & notatur in *l. prima. C. de summa Trinitate,* non est dominus particularium rerum suorum subditorum; nec in locis liberis Respublica, quæ hoc dominium tenet, est domina rerum singularium sibi subiectorum, vt patet: ideo alio modo intelligitur dicta opinio, scilicet, quod ecclesiæ particulares habeant dominium. facit text. in *cap. Pontifices 12. q. 3.* quod patet, quia vna ecclesia præscribit contra aliam, vt in *c. illud. de præscriptio.* per *Ioan. Fab. in dicto §. nullius.* item vna ecclesia est subiecta alij, & inter eas datur seruitus realis, quod non esset, nisi daretur dominium in particulari, vt in *dict. l. tria prædia. ff. de seruitu. rustic. prædio.* & hæc est opinio in glos. posita quæ an sit vera, vel non, infra declarabimus.

22 Tertia opinio est, quòd dominium horum ecclesiasticorum bonorum sit Christi, quæ opinio videtur magis communis: quia licet omnia Dei sint, quia Domini est terra, &c.] tamen hæc magis specialiter videntur ad Deum pertinere, vt dicit *Abb. in dict. c. cum esses.* qui allegat text. in *c. cum ex eo, de elect. lib. 6.* ibi, Patrimonio Christi.] & in *c. quæ Christi, & in c. qui abstulerit, 12. q. 2.* tamen mihi videtur, quod hæc opinio non satis explicet id dominium, de quo quærimus. nam si volumus quòd dominium sit apud Deum: quia Domini est terra & plenitudo eius, hoc dominium Dei non aduersatur dominio directo, nec vtili, iure gentium, & legibus humanis introducto, imò ideo Domini sumus, quia Deus dominus est, & eius largitate hæc habemus, vt in *cap. Saluator, 1. quæst. 3.* ibi, Dei dona, quæ à Deo fidelibus, & à fidelibus Deo donantur.] *& in cap. conuenior, 23. quæst. 8.* & licet hæc præcipuè sint Dei, cùm ei sint oblata, tamen nec hoc impedit dominium harum rerum, quia Christus, qui caput est Ecclesiæ, concedit hæc membris suis, & ita redimus ad dictam opinionem, an sint Ecclesiæ vniuersalis, vel particularis. Item quia quæ propriè Dei sunt extra commercium sunt, vt res sacræ, & religiosæ, sed res Ecclesiæ non sacræ in commercio nostro, & vendibilia sunt, & ideo istud dominium Dei vel Christi non impedit speciale dominium.

Alia est opinio, quòd sit apud clericos, vt res vniuersitatis sunt ciuium, non tamen sunt singulorum, ita dicta glos. *in dicto c. expedit,* sed hæc opinio non est vera, nam res assignatæ clerico pro suo beneficio, & episcopi mensæ, non possunt esse istius naturæ. Quia pleniori modo clerici vtuntur his rebus, quam ciues rebus ciuitatis, ideo in hoc nostram ponemus opinionem, ad cuius explicationem multa ex his, quæ infra dicentur, deseruiunt. Ideo non est hic opportunus locus, vt explicetur. Alij dicunt, quòd dominium rerum ecclesiasticarum sit apud summum Pontificem, sed hanc opinionem reprobat *Cardinalis Turrecrem.* & bene, quia non est dominus, sed dispensator secundum *S. Tho. 2. 2. q. 100. art. 1. ad septimũ,* facit tex. *in c. non liceat Papæ 12. q. 2.* sed verius est harum rerum dominium in his, quæ non sunt alicui personæ applicata, esse apud ecclesiam particularem (vt infra dicemus) fructibus ad eusdem vsus, quibus res ipsæ tempore Apostolorum seruiebant, destinatis, ad pauperes scilicet, & ministros ecclesiȩ alendos, & ipsarum ecclesiarum, & diuini cultus conseruationem, & alia opera charitatis; res autem ipsæ, immobiles præcipuè, adeò diligenter debent custodiri, vt hoc sit valde episcopis commendatum, vt per *tot. tit. 12. q. 1. & 2.* & specialiter prouisum, vt perpetuò conseruentur, ideo alienatio earum est interdicta vt in cap. sequenti differemus.

CAP. II.

In quo tractatur, quæ sint necessaria ad rerum ecclesiasticarum alienationem.

SVMMARIVM.

1 *Alienatio rei ecclesiasticæ sine solemnitate est nulla, etiam si vtilis sit Ecclesiæ, & ponitur ratio.*
2 *Quomodo Ecclesia suum præstet consensum.*
3 *Quando lex ciuilis non approbans obligationem naturalem opponat se Iuri naturali.*
4 *Possidens rem ex contractu nullo minoris, tenetur ad restitutionem in conscientia.*
5 *Quando minor donare possit.*
6 *Quando contrahens cum minore sine solemnitate possit in conscientia non restituere.*
7 *Donec restitutio in integrum petatur tutus est in conscientia contrahens cum minore, si contractus à principio valuit.*
8 *De intellectu legis cum hi. §. eam transactionem.*
9 *Iurisconsulti legem de nouo statuendi non habebant potestatem.*
10 *Eiusdem rationis est minor, & ecclesia in contractibus suis, contra Felinum.*
11 *Non tenet contractus minoris, etiam si fiat locupletior.*
12 *Consequens est, minor tenetur quatenus factus est locupletior, ergo non tenuit contractus.*
13 *Resolutio circa textum in §. eam transactionem. & l. non ideo minus, & eorum intellectus.*
14 *Donatio facta à minore sine curatore, an valeat.*
15 *Minor potest authoritate curatoris, vel tutoris donare, sed non tutor, vel curator solus.*
16 *Intellectus l. non ideo minus de procuratoribus. C.*
17 *De l. Iulianus. §. si quis à pupillo ff. de actionib. empt. & vend.*
18 *Quando possit claudicare contractus fauore minoris, vel Ecclesiæ. & num. seq.*
19 *Obligatio passiua non est potestatiua.*
20 *De intellectu extrauagantis Pauli II.*
21 *De decreto irritante quod non habet vires, nisi parte volente.*

22 Iterum

22 *Iterum de intellectu §. si quis à pupillo, l. Iulianus. supra alleg.*

23 *§. Si quis à pupillo non habet locum in Ecclesia, quia statim agi potest.*

24 *Ecclesia potest prouocare ad diuisionem, licet minor non possit.*

IN præcedenti capitulo naturam rerum ecclesiasticarum, & apud quem sit earum dominium ostendimus, & qua ratione, & quibus vsibus dicta bona debeant conseruari. Nunc quando possint alienari videamus. In hoc notissimum est, quòd bona ecclesiastica alienari non possunt, nisi ex causa necessaria, vel vtili, & cum solennitate à Canonibus ordinata, vt in *cap. sine exceptione, 12. q. 2. & in cap. nulli, de rebus eccles. auth. hoc ius porrectum, C. de sacrosanct. eccles.* necessariam autem causam præseruando effectum est, vt apostolici Canones non violentur. Si enim pauperum necessitas vrgeat, cui ex fructibus non possit sufficienter prouideri, non tanti bona Ecclesia habet, vt eos pati permittar. vt in *cap. aurum habet Ecclesia, in cap. gloria Episcopi, in c. Apostolicos, cap. sacrorum, & cap. sicut omnino, 12. q. 2.* vtilitatis etiam causa excipitur, vt auctis Ecclesiæ rebus melius pauperibus prouideri possit, & alijs rebus necessariis, & ita sancta, & Catholica Ecclesia ab Apostolorum via non recessit, sed diligenter eorum mentē, & exempla sequendo, & pauperibus, sicut & ipsi prospiciendo, quæ vsu & experientia conuenire vidit, sanctissime ordinauit, & vt ministrorum vel negligentiæ, vel malitiæ occurrere posset (futuros enim tales aliquos sentiebat) & causam alienationis, & solennitates determinauit, vt fraudibus occurreretur, nec causa sola sufficeret, nisi quis causæ huius cognitor & approbator diligens adhiberetur, nec ille solus sine causa, quia non poterit dici talis, nisi gestionis suæ rationem legitimam ostendat, ne, vt sibi libuerit, sed vt debet in alienis his rebus
1 versari possit. Non ergo sufficit, vt alienatio rei Ecclesiasticæ vtilis Ecclesiæ sit, nisi cum solennitate & interuentu eorum, quibus à iure hæc res cōmissa est, alienatio fiat: quòd si non interueniat, actus nullus censetur. vt contra gloss. in *l. cum hi, §. eam transactionē, verbo alimētarius, ff. de transact.* tenuit *Bart. & Albert. n. 2. Bald. Angel. Fulgos. & DD.* communiter secūdum *Ias. ibid. n. 2.* de quo latè per *Tiraq. post ll. connubiales in gloss. 6. nu. 56. cum seq. & Pinellus* eleganter in *repet. l. 1. C. de bon. matern. 3. part. num. 31. cum sequent.* non tamē desunt, qui contrariam sententiam teneant. vt patet *ibidem, & per Tiraquell. in dict. loco num. 62.* sed dubium non est, opinionem contra gloss. esse veriorem, vt ex sola vtilitate contractus non subsistat. Nam (vt bene aduertit *Pinell. in loco superius allegato*) in alienationibus rerum minorum requiritur appositio decreti, quod decretum tunc demum debet interponi, si cōtractus vtilis sit minori. vt in *l. magis puto, ff. de reb. eorum, per totam legem.* & sic requiritur vtilitas, quæ si inueniatur, interponitur solennitas, sic in Ecclesia, vt in *dictu cap. sine exceptione*, apparet igitur, quòd primum solum non sufficit, scilicet vtilitas, alioquin frustra requireretur secundum, quod est solennitas, & ita decretum, & solennitas frustrà desiderantur, si vtilitas sola sufficeret. & hoc manifesta ratione ostenditur, nam aliàs sequeretur, quod Ecclesia inuita posset compelli vendere vbicumque vtilis cōditio sibi, vel melior res, vel pretium magnum offerretur: hoc tamen nullus admittit, quia si priuatus emere, vel vendere non compellitur. *C. de contrahend. emption. in l. inuitum.* quare Ecclesia esset compellenda? nec enim cogi quis potest mutare dominium, vel obligationem etiam in melius, in *l. si mandato in eo, in §. 1. vers. at si nolit, ff. mandati.* cum his, quæ ibi notat *Alberic.* tradit *Ias. in l. debitorum pactionibus, C. de pactis, num. 5. & in l. 2. column. 1. ff. solut. matrim.* post Bartol. *ibi num. 12. & 13. Philip. Decius in l. plus cautionis, ff. de regul. iur.* est optimus textus in *l. quia poterat, ff. ad Senatusconsult. Trebell.* text. in *l. final. ff. de vsu & habitat.* bonus textus in *l. vsufructuarius 1. & 2. ff. de vsufruct. Tiraquell. in præfatione ad tractat. de retract. num. 25.*
refert plures Doctores, quod in specie propo- 2
sita contingeret, si contractui facto sine solennitate ob solam vtilitatem Ecclesia stare cogeretur: quia cum Ecclesia sit persona mystica, non potest præstare consensum, nisi mediante actu, & voluntate eorum, quibus hoc explicare à lege est commissum, & eo modo, & forma, quibus eis conceditur. quòd si aliter fiat sine consensu sufficienti Ecclesia obligaretur: quod nimis absurdum esset, idque etiam in contractibus minorum contingit. nam licet in eis detur consensus, vt in *l. 1. in fin. ff. de nouation.* non tamen talis est, vt legibus approbatus sit, vt in *l. obligari, ff. de action. & obligation.* quæ leges
non se opponunt naturali obligationi, cùm et- 3
iam naturali iure consensus ille minoris debilis sit, & imperfectus, vt in *l. 1. ff. de minorib.* vbi *Vlpianus* inquit, Fragile esse, & infirmum huiusmodi ætatis consilium.] Ideo nec omnes effectus naturales producit, secus est in obligatione naturali perfecta, licèt ei ex causa se opponat ius ciuile nolens ei suas vires conferre, vt in pacto nudo, in testamento duobus testibus celebrato, in quarta Falcidia, vel Trebellianica contingit, in quibus, cùm perfecta sit naturaliter obligatio, à iure ciuili eius effectus naturalis non impeditur, licet suas ciuiles vires lex ei nolit conferre. sic videmus, quòd si obligatus pacto nudo soluat, non repetit. vt in *lege iuris gentium, §. sed cum nuda, ff. de pactis.* vel si hæres non detracta falcidia, vel Trebellianica soluat, nisi in facto erret, vt *C. ad legem falcidiam, l. error.* per Doctores *in lege cum quis, C. de iuris & facti ignorant.* at si minor soluat etiam sciens id, quod ita promiserat, repetit, vt in *lege quod pupillus, ff de condiction. indebit.* quia non solum iure ciuili eius obliga-

tio non ſouetur, verum & naturaliter eſt imperfecta. vt in *dict. l. quod pupillus*. quæ ita debet intelligi contra gloſſ. & doct. ibidem, & hoc caſu iuri naturali non ſe opponit lex ciuilis, imo adiuuando ius naturale procedit.

4 Ex his manifeſtè apparet optimè locutum Innocent. licet ſit corruptus, in *c. quia plerique, de immunitat. Eccleſ. column. penult.* qui vult quòd ſi quis poſſideat rem ex donatione minoris, vel ex alio contractu, qui non teneat ipſo iure, vt ſi in alienatione defuerit authoritas tutoris, vel decretum Præſidis, reſtituere tenetur, quia (vt ſupra diximus) iſte poſſidet ſine domini legitima voluntate rem alienam, ergo reſtituere tenetur. quod veriſſimum eſt, & licet *Antonius ibidem colum. penult. & Abb. ſequens eum num. 28. cum ſequent. vſque ad num. 31.* reprobent Innocentium, tamen (pace eorum dictum ſit) ipſi loquuntur extra terminos Innocentij, & opinio eorum, quam ipſi non ſatis defendunt, nõ refragatur Innocent. opinioni. Antonius enim ponit quæſtionem de emente ab Eccleſia, vel pupillo ſine ſolemnitatibus legitimis, cùm vero tamen pretio, & cauſa legitima ſubſiſtente, an teneat rem ita comparatam cum bona conſcientia, quia (vt dicit) adeſt lex naturæ, & re-
„ pugnat lex poſitiua, poſtea ſubdit, Innoc. dicit,
„ quòd reſtituere tenetur, credo contrarium, lex
„ enim poſitiua ſic iudicat, vt non certa de veri-
„ tate, & quia ſic præſumitur: ideò veritate ſtante
„ cauſæ verè legitimæ, hic enim cum bona conſcientia tenere eſt iudicandum (hæc ſunt verba Antonij) licet ſint imperfecta. Sed ego non video quod Innocent. tenuerit contrarium, cùm in altero membro loquatur de donatione minoris, in qua non cadit iuſtum pretium, quo compenſetur, nec iuſta cauſa, cum affectione fieri donatio ſimplex ſoleat: in altero verò mẽbro, in quo non loquitur de donatione, non additur cauſa legitima ſubſiſtente, nec fuit eius mens, vt in *l. 1. ff. de reb. dub.* Ideo doctrina Innoc. eſt veriſſima.

Contra Anton. & Abb. defenditur Innocent.

Denique in terminis Innocentij verum erit, eum, qui rem donatam à minore poſſidet, vel venditam, etiam ſi eum non induxerit, nec fraudem aliquam adhibuerit, imò etſi importunitate minoris contraxerit, non eſſe ſecurũ in conſcientia, ſed ad reſtitutionem teneri, idemque ſi ex ludo ab eo lucratus fuerit, & hoc eſt ex mente omnium, licèt aliquando ſecurus ſit, ſi ex quantitate pecuniæ diuitijs, & nobili-
5 tate id facere poſſit: nec intelligas hæc de minima adeò quantitate, quæ à peccato furti excuſaret, ſed de maiori etiam, in qua furtũ mortale committeretur, exempli gratia. Si quis vel à ditiſſimo decem aureos furetur, mortaliter peccat, & ad reſtitutionem tenetur. Sed ſi ab eodem minori quis viginti aureos per donationem accipiat, vel in ludo ab eo lucretur, nec ad reſtitutionem tenetur, nec peccat, etiamſi Theologi aliquanto ſcrupuloſius in hoc loquantur. Idemque in filio familias, vel vxore, quibus diues pater, vel maritus in alimenta ſoleant notabilem quantitatem concedere. donationes enim à talibus factæ, quæ non ſint magnæ quantitatis, maximè ſi ſunt tales, quæ nec patrem, vel maritum amplius grauent, poterunt ſuſtineri, vt probatur *ff. de donat. in l. ſi filiusfamilias*, vbi quærendo, an filiusfamilias rem peculiarem donare poſſit, inquit eleganter *Vlpianus*: Nonnunquam etiam ex perſona poterit hoc colligi, pone eum filium eſſe Senatoris, vel cuiuſuis alterius dignitatis, quare non dicas videri patrem (niſi ei ſpecialiter donandi facultatem ademerit) hoc quoque conceſſiſſe, dum liberam dat peculij adminiſtrationem:] quod maximè pro filijsfamilias ſcholaribus eſt notandum, & ad intelligentiam doctrinæ *S. Tho. 2. 2. q. 32. art. 7. ad 2. & Turrecrem. in cap. Epiſcopus, 35. diſt. ad 3. num. 6. & 7.* facit text. cum ibi notatis *in l. cum filius familias viaticum, ff. ſi cert. petat. & in l. ſi longius, ff. de iudic. gloſſ. clement. 2. in verb. conuertendum de vit. & honeſt. cleric. Anan. numer. 2. in cap. ſi quis propter, extrauag. de furtis. Abb. in cap. 2. de decimis, num. 3. & gloſ. in cap. non dicatis. 12. q. 1. Felin. in c. ex parte, de accuſat. num. 3.* & eſt de men- „
te *S. Thom. dicta q. 32. artic. 8. in fin.* ibi. Niſi fortè „
alicuius rei eſſet ſibi à patre diſpenſatio commiſſa. & eſt textus ſingularis in *l. cum plures, §. cum tutor, ff. de adminiſtrat. tuto.* cuius verba, & aliarum legum, quæ facere videbuntur, numquam omittemus: qui à iuris noſtri prudentia ex textibus, & Doctorum aliquorum ſcriptis ſolum addiſci poteſt, recentioribus ad repertorij vſum reſeruatis. Inquit igitur *ibi Paulus Iuriſconſultus*: Cùm tutor non rebus dumtaxat, ſed etiam moribus pupilli præponatur, in primis mercedes præceptoribus non quantas minimas poterit, ſed pro facultate patrimonij, pro dignitate natalium conſtituet, & alimenta ſeruis, libertiſque nonnũquam exteris (ſi hoc pupillo expediet, præſtabit, ſolennia munera parentibus, cognatiſq; mittet, ſed non dabit dotem ſorori pupilli alio patre natæ, etiã ſi aliter ea nubere nõ poſſit. Nam etſi honeſtè, ex liberalitate tamen fit quę ſeruanda arbitrio pupilli eſt.] Ex quo textu probatur, non ſemper minori donationem interdictam, de quo plures allegat *Tiraquell. in tract. de nobilitate, cap. 37. num. 35. & Arias Pinell. in repet. l. 1. C. de bon. mate. 3. part. numer. 56. cum ſequent.* Ex his doctrina Innocentij quæ veriſſima eſt, debet interpretari.

Videamus nunc an doctrina Antonij de Butrio, & Abb. defendi poſſit, qui volunt emẽtem à minore, vel Eccleſia ſecurum eſſe in cõſcientia, ſi in eo contractu ſola deficiat ſolennitas, non pretium iuſtum deficiat, & dolus malus abſit. Nam cum (vt ſuprà probauimus) deficiat conſenſus, qui rem alienam ſine domini voluntate poſſidet, ad reſtitutionem teneatur neceſſe eſt. Item quomodo dolus malus abeſſe poteſt in eo, qui contra legum interdicta mercatur, vt dicit *gloſſ. in l. 1. in verb. mala fide, C. de fide inſtrument. & iur. haſt. fiſc. libr. 10.*

&

& text. in *l. quemadmodum. C. de agri. & censit. lib. 11. & in regul. iuris qui contra iura mercatur.* vbi concordan. per Dinum.

Sed ego puto opinionem Antonij, & Abbatis veram esse, non ex rationibus ipsorum, sed ex his, quæ nos adducemus, scilicet, quia etiam si contractus non valeret, non tamen possessor restituere rem tenetur, nisi à minore, vel Ecclesia pretium restituatur, quatenus sint locupletiores effecti, vt probatur *C. de reputat. quæ fin. in iudi.* & paulo inferius dicemus. non ergo tenebitur in conscientia, donec pecunia sua ei restituatur, scilicet si minor locupletior effectus sit. text. notabilis in *l. fina. C. de vsucapio. pro emptore*, cum concordan. ibi positis in glos. quia licet compensatio non soleat de specie ad quantitatem admitti, tamen ego crederem in foro conscientiæ, quo subtilitates non attenduntur, posse quem retinere id, quòd possidet sui aduersarij siue id species sit, siue quantitas, si is rem vel quantitatem similis æstimationis quam debet non restituat, & quia hæc de qua loquimur magis est retentio, quàm compensatio, quæ per ll. conceditur. *C. etiam ob chirogra. in l. vni.* maximè quando ex eadem causa descendit, vt *ff. de conditio. indeb. l. si non sortem. §. si centum vers. ager tamen cum sua glos.* text. in *l. si cum ibi notat. C. commod. & ff. de neg. gest. in l. 2. & ff. de procurato. in l. quæ omnia §. fin.* vbi Bar. de quo *Nicolaus Boër decisione 15.* Ideò reddito pretio quod à minore habuit omnino ei res est restituenda, si vero minor, vel Ecclesia non sint effecti locupletiores, sed pecuniam perdiderint, tenebitur emptor rem gratis in foro exteriori, & conscientiæ restituere. & hoc casu non erit vera opinio Antonij & Abb. cum sit falsa ratio Anto. quòd hoc casu non sit vera præsumptio, qua lex fundatur, illa scilicet, contractum à minore sine solemnitate in eius damnum gestum esse: quia cum perdituro sit data pecunia, non solum non cessat præsumptio, sed veritas etiam efficitur. facit *ff. de minorib. in l. at prætor. §. non solum in fin.* & imputet sibi qui cum talibus lege prohibente contraxit, argum. *l. 3. in §. fina. & in l. cum mandato, ff. eod. tit.* Non ergo dicta opinio Antonij & Abbat. vera erit simpliciter, sed si minor sit effectus locupletior. Si enim non sit locupletior factus, lex ciuilis, quæ etiam naturali innititur æquitati, omnino obligabit in conscientia, in qua specie propriè loquitur *Innocen.* cum de donatione loquatur, vel non absimili contractu, vt supra dictum est. Quæ sunt valde notanda, quia nostri doctores non satis hæc interpretantur.

Contra Antonium & Abbat.

Hæc autem omnia vera sunt & procedunt in contractu ipso iure nullo, in valido tamen, licet sit talis, vt minor, vel ecclesia possint aduersus eum restitui, securus est contrahēs cum
7 eis, quousque restitutionem petierint secundum *Innocen. Anto. & Abbat. vbi supra, idem Abbas in cap. 1. de in integr. restitu.* pro quibus est tex. *l. 4. ff. de fideicommiss. libertatib. §. si is qui*, de quo plura optimè congerit (vt solet) *Tiraquel. in tract. de vtroque retract. 1. parte. §. 32 in glos. vnica num. 58. 59. & num. 64. & 65.* contractus igitur à minore gestus vel ab ecclesia sine solemnitatibus à legibus inductis nullus est, & in foro exteriori, & conscientiæ, etiam si in eorum vtilitatem celebratus sit, nisi iure retentionis, vt dictum est, possidens defendatur. Ex quibus apparet verum esse, quod dicit *Feli. in c. auditis, numer. 16. de præscrip.* quòd consuetudo alienandi rem Ecclesiasticam sine solemnitatibus certo modo non extenditur ad alium modum, etiam vtiliorem Ecclesiæ, allegat *Bart. in auth. qui rem, in fi. C. de sacrosan. Eccles.* qui nihil dicit de vtiliori, nec *Baldus*, quem allegat, *in auth. si quas ruinas. C. eod. titu.* nec *Calder.* alias authoritates non perquisiui, quia non erat hæc res tanti momenti: credo esse eiusdem notæ alia per eum allegata.

Sed his omnibus (vt ad *Bart. & glos. dicta legis cum hi. §. eam transactionem*, tādem reuertamur) obstare videntur duo tex. quibus male doctores respondent, alter in *dicto §. eam transactionem* alter in *dicta l. non ideo minus. C. de procurato.* In vtroque enim, actus sine solemnitate factus valet, si sit vtilis ei, cuius gratia solemnitas est introducta. postquam enim *Vlpian. in princ. dictæ l. cum hi* ita dixisset, Diuus Marcus oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quàm authore prætore facta, in *dicto §. eam transactionem*, subiungit. Eam transactionem oratio improbat, quæ idcirco fit, vt quis repræsentatam pecuniam consumat. Quid ergo si quis citra Prætoris authoritatem transegerit, vt quod per singulos annos ei relictum erat, mox consequeretur per singulos dies? quid deinde, si ita quod consummaro anno acciperet, vt initio anni consequetur, & puto eam transactionem valere, quia meliorem conditionem suam tali transactione alimentarius facit. noluit enim oratio alimenta per transactionem intercipi.] ecce text. vbi transactio super alimentis, quæ per orationem diui Marci decretum requirit, valet sine decreto, si melioris conditionis per eam alimentarius efficiatur. omissio igitur solemnitatis nihil impedit, si actus vtilis sit illi, cuius bono solemnitas est inducta, quare ergo non idem in minore, & ecclesia dicetur? Doctores aliqui illi text. respondent: sed melius facit Iason, qui hoc alijs cogitandum reliquit. *Paul. de Cast.* voluit quod id in ea specie obseruandum sit, quia ibidem expressum est per legem, sed ob hoc iure reprehenditur à *Tiraquel. in dicta glos. 6. supra allegata post leges connubia.* quia tex. ibidem procedit interpretando orationem diui Marci, non statuendo. quare igitur lex, quæ requirit in alienatione rei minoris decretum, & in alienatione rei Ecclesiasticæ tractatus, & alias solemnitates, eandem interpretationem non recipiet? vt valeat sine eis contractus, si vtilis sit Ecclesiæ, vel minori. Item *Paulus de Castr.* qui vult ibi

8

non esse interpretationem, sed nouam legem, errat in quodam notissimo iuris principio, in quo sæpissimè alij etiam doctores errare so-
9 lent, qui præsupponunt Vlpiani, & aliorum Iurisconsultorum eam fuisse authoritatem, vt leges tollere possent, eum tamen interpretandi tantum, non corrigendi vel emendandi, seu mutandi fuerit eis concessa authoritas, vt in §. *responsa prudentum instit. de iure natural. gentium, & ciuil.* quod memini me legisse apud Marium Salomunium, qui in hoc doctorum errorem optimè considerat in *eodem §. responsa prudentum*, quem interpretatur in *l. Gallus. ff. de liber. & posthum.* quod & nos alibi ostendemus, si Deus nobis otia aliquando fecerit, interim hoc ostendet *Vlpianus, qui in l. prospexit. ff. qui, & à quibus manu. liberi non fiant*, adducens quandam legem in tractatu legis Iuliæ de adulterijs, quã iniquitatem continere dicit, non eam mutat, vel corrigit, sed ita inquit, Quod quidem perquàm durum est, sed ita lex scripta est.] Hæc verba subditi legi, non superioris sunt, qui inique fecisset legem, quam iniquam fatetur non abrogando, si id facere potuisset, optimus textus in *l. 2. ff. de reb. eorum*, vbi Iurisconsultus non audet, maxima etiam æquitate existente à lege recedere, sed dicit Imperiali beneficio opus esse.] Facit etiam text. *in l. nisi ex magna. ff. de minor.* vbi inquit *Paulus* nisi ex magna causa hoc à principe fuerit consecutus:] & ita etiam ex magna causa non potest Iurisconsultus à lege recedere, sed ad principem negotium reijcit. facit text. in *l. 2. in fine. ff. si libert. inge. esse dicatur*, facit *4. distinct. in cap. erit autem lex. in §. ideo.* solutio ergo *Paul. de Castr. ad dictum §. eam transactionem*, & ex defectu intentionis, & ex defectu potestatis Iurisconsulti Vlpiani falsa est.

Secundam solutionem ad *dictum §. eam ex Ioanne Fabro in §. & ne huius, instit. de eo cui libert. causa bon. addic.* ponit *Tiraquell. in dicta glos. 6.* quòd ille tex. procedat vbi solemnitas, vel forma est requisita à lege in fauorem priuatum, vt eo casu actus valeat, etiam si solemnitas, vel forma non obseruetur, si vtilitas adsit eius, in cuius fauorem solemnitas est introducta, sed, vbi solemnitas est inducta in fauorem publicum, contra fit: & ita procedant supradicta in alienatione rei ecclesiæ, vel minoris. Sed hæc solutio non est bona, quia leges, quæ respiciunt alimenta, vel dotem, publicam vtilitatem dicuntur respicere, licet priuatorum commodum secundum varias species contiueant, & idem in minorum priuilegijs dicēdum est. Item sicut minor sine decreto contrahere prohibetur, ita & maior in alimētis sine decreto transigere: non ergo potest maior ratio considerari, maximè quia sine vlla distinctione omissio formæ, vel solemnitatis vitiare solet, vt notat. per recentiores, *ff. de liber. & posthu. in l. 1. & in cap. cum dilecta. de rescript.* etiam si actus esset fauorabilis, & dicit *Bal. in l. testamentum. C. de testamen. Deci. in cap. prudentiam. num. 4. de offic. delegat.* ideo dicta distinctio non placet. Alia solutio colligitur ex dictis per *Felin. in cap. causam, nu. 8. de iudic.* vt distinguamus inter minorem, & ecclesiam, vt solemnitas sit inducta pro forma, in alienationibus rerum ecclesiasticarum, & ita ea non seruata, etiamsi adsit ecclesiæ vtilitas, actus sit nullus, in minore autem & alimētario, solemnitas non sit pro forma inducta, sed solum in meram vtilitatem, & fauorem contrahere sine solemnitate prohibiti, ideoq; tunc omissio solemnitatis non vitiat, si actus geratur vtiliter, vt in *dicto §. eam transactionem, & in l. non eo minus. C. de procuratori.* vbi iudicium, in quo minor non est legitimè defensus valet, si pro eo sententia feratur: sed hæc distinctio Felini magis sono verborum, quam re ipsa aliquid continet. quare enim decretum in alienatione rei minoris, vel in transactione à lege requisitum, non sit pro forma, & in alienatione rei Ecclesiasticæ pro forma solemnitas dicatur requisita, ego non video, & licet glos. in *l. si fundus, ff. de reb. eorum* videatur constituere differentiam inter minorem & Ecclesiam, non tamen id ad propositam, de qua agimus, quæstionem, sed eo pertinet, quod res ecclesiæ immobiles possunt alienari ex duabus causis, vel ex euidenti vtilitate, quod in rebus sterilibus solet contingere, vel ex causa necessitatis: sed prædia minorum solum ex necessaria causa possunt alienari, quòd ob hoc solum prætor alienationem permittit. vt in *dicta l. magis puto per tot. l. & C. de præd. minor. in l. ob æs alienum* non tamen facit differentiam, vt in altera specie decretum sit pro forma, in altero non sit. Ideo in quæstione nostra non est opus quærere exemplum quoad minorem, quando alienat rem immobilem, sed quando contrahit, vt emendo, vel vendendo res non immobiles sine tutore, an sustineatur contractus sine solemnitate gestus, si vtilis sit minori, in qua specie auctoritas tutoris adeo formalis est, vt non sufficiat superueniens tutoris consensus, vt in *l. obligari. §. tutor cum l. 2. ff. de authori. tutor.* falsum igitur est, quod Felin. vult. quoad minorem non esse solemnitatem pro forma, in Ecclesia vero esse pro forma. Ideo si contractus Ecclesiæ etiam ei vtilis, sine solemnitate non tenet, idem in minore erit statuendum. & quamuis nonnulli teneant, quòd quando est sibi vtile, possit minor se obligare sine tutore, vt refert *Tiraq. in dicta glos. 6. nu. 65. & 66. per l. neque C. de contrahen. & committend. stipulat. & in l. si pupilli. ff. de nego. gest.* & text. *in l. pupillus. §. 1. & de autho. tuto. & in l. fin. C. de vsucapio. pro empt. & gloss. in l. 2. ff. de acceptilat.* & text. qui videtur expressus in *dicta l. non eo minus*, tamen ista opinio falsa est, & contra doctrinam doctorum supra relatam tenētium contra glos. in *dicta l. cum hi, §. eam transactionem*. Nec enim potest fieri distinctio inter ecclesiam, & minorem (vt supra probatum est) nec inter alimentarium, de quo in *dicto §. eam transactionem*.

Contra Fabr.

10 Contra Felin.

Nec

Nec prædicti text. aliquid in contrarium fa-
ciunt, quòd enim dicunt, quòd ſi quis contra-
hat cum minore ſine tutoris authoritate mi-
nor obligatur quatenus locupletior factus eſt,
11 hoc ipſum oſtendit, non eſſe differentiam in-
ter minorem, & eccleſiam. Quis enim nega-
bit, quod ſi eccleſia rem vendidit mille, quibus
mille locupletior facta eſt, quòd ſi rem repetat
mille debeat reſtituere? Quis inquam hoc ne-
gare poterit? ne eccleſia cultrix iuſtitiæ, cum
aliena iniuria lucretur. & vltra rationem iſtam
euidentem habemus tex. expreſſum. Nam ad
omnia ſemper ſunt tex. ſi in ipſis (vt conuenit)
non in doctoribus verſaremur, text. (inquam)
expreſſus in *c. quod quibuſdam, extrau. de fideiuſſo.*
ibi, Niſi fortè in vtilitatem domus ipſius mani-
feſtè conſtiterit redundaſſe, & in *cap. quicunque*
12. quæſt. 4. facit text. in *cap. 1. extrau. de in integr.*
reſtitutio. not. per gloſ. in *c. cum pro cauſa. extrau.*
de procurato. Dec. in l. iure naturæ. ff. de regul. iur. &
ita ſupra dicti tex. qui loquuntur de minore, in
eccleſia locum habent, quæ etiam ſi contrahat
ſine ſolemnitate, vel ſi quis ſine eius voluntate
negotia gerat, tenebitur quatenus locupletior
effecta eſt. & pecuniam, quam recepit, reſtitue-
re tenetur, vt dictum eſt de minore in dictis le-
gibus, & in *l. vnic. C. de reputat. quæ fiunt in iudic.*
in l. 1. & 2. C. ſi aduerſ. tranſactio. & l. apud Celſum
in §. item quæritur. 2. verſ. ſi minor. ff. de dol. exceptio.
& l. furioſus ff. de actiou. & obligatio. & l. antepenul-
tima. in §. Denique. ff. commun. diuidun. facit tex.
in *l. eleganter in §. qui reprobos nummos in fin. ff. de*
pigno. action. & in leg. cum hi, in §. ſane. ff. de tranſa-
ctionib. & eleganter *Vlpian. in l. 1. ff. de authorita.*
tuto. inquit loquendo de minore ſine tutore
contrahente, Diuus Pius Antoninus reſcripſit,
iure pupillam non teneri, ſed inquantum locu-
pletior facta eſt, dandam actionem.] Ecce tex.
ſingularem, qui probat non ſequitur: tenetur
quatenus locupletior factus eſt minor, ergo
valet contractus. imò ſi rectè aduertatur con-
12 ſequentia, debet in contrarium fieri, tenetur
quatenus locupletior factus eſt, ergo non te-
nuit contractus: quia ſi contractus valeret non
quatenus locupletior factus eſt, ſed inſolidum
teneretur: quod probatur in *dicto c. quod quibuſ-*
dam. tex. expreſſus, qui iſta conſequentia eſſe
oſtendit in *dicta l. ſi. C. de vſucapio. pro empto.* vbi
dicit tex. quòd contractus factus cum minore
ſine tutore, adeo nullus eſt, vt nec præſtat titu-
lum ad vſucapiendum, ſed tamen minor qua-
tenus locupletior factus eſt, tenetur: & ideo ſi
minor rem vendicet exceptione doli mali re-
pellitur, niſi pretium, in quo locupletior factus
eſt, reſtituat, vt in *l. penult. §. final. ff. de reb. eorum,*
vbi inquit *Paul.* Doli exceptionem obſtare, ſi
lucrum captet pupillus ex damno alieno.] Sed
quid in hoc plura? cum habemus in primis in-
ſtitutionum elementis text. clarum, quòd con-
tractus geſtus à minore ſine tutoris authorita-
te eſt nullus, etiamſi ei valde vtilis ſit. in *§. ne-*
que tamen, inſti. de author. tuto. vbi dicit tex. Nec
tamen hæreditatem adire, nec bonorum poſ-
ſeſſionem petere, neque hæreditatem ex fidei-
commiſſo ſuſcipere aliter poſſunt, niſi tutoris
authoritate, quamuis illis lucroſa ſit, nec vllum
damnum habeat.] cuius ratio eſt, quia adeun-
do hæreditatem quis ex quaſi contractu obli-
gatur. *ff. de actio. & obligatio. in l. ex maleficijs. §. hæ-*
res, & de acquir. hæredi. l. more, ob quam obliga-
tionem etiam ſi ſibi vtilis ſit, minor ſine tutore
non poteſt contrahere, vt mirandum ſit docto-
res allegatos à Tiraquel. in re adeo clara aber- *Error ali-*
raſſe. & quod aliqui diſtinguũt inter hæredita- *quorum.*
tem locupletem, & opulentam, vt hanc minor
ſine tutore adire, illam non poſſit, ſomnia ſunt,
& contra dictum §. & tex. *in l. obligari. in §. pu-*
pillus ff. de author. tuto. licet non deſint huius di-
ſtinctionis authores, quos refert *Tiraquel. dict.*
gl. 6. num. 77. & 78. ſufficit enim, vt lex non de-
ficiat, quòd ratio legis, quæ noluit minorem
obligari etiam in contractu ſibi vtili, in hære-
ditate regulariter verſetur, licet in aliquo ſpe-
ciali caſu ab omni periculo, & damno omnino
eſſet ſecurus, vt in dicto §. exprimitur, quod
perpetuum eſt, vt non recedatur à lege, etiamſi
aliquo ſpeciali caſu ratio eius deficiat, vt ex-
preſſe ibidem probatur, & expreſſius in *l. 1. ff.*
de minor. vigintiquinque annis, vbi inquit elegan-
ter *Vlpianus,* loquendo de prætore. Apparet
minoribus annis vigintiquinque, eum opem
polliceri: nam poſt hoc tempus compleri viri-
lem vigorem conſtat. Ideo hodie in hanc vſque
ætatem adoleſcentes curatorum auxilio re-
guntur, nec ante rei ſuæ adminiſtratio eis com-
mitti debet, quamuis benè rem ſuam gerenti-
bus.] ecce quòd etiam ſi in minore rem ſuam
bene gerente ceſſet ratio legis, non tamen ceſ-
ſat ipſamet lex. facit tex. notabilis in §. *litera &*
in §. ſequen. vbi hoc ſubſenſit *Ioan. Fab. numer. 4.*
Inſti. de rer. diuiſ. glo. in §. his verbis. Inſti. de lege Aquil.
tex. notabilis in *l. 1. in princ. verſic. licet nonnum-*
quam. ff. de appellatio. facit, quæ tradit optimè
more ſuo *Tiraquel.* licèt ſupradictas leges non
alleget, in *tracta. ceſſan. cauſ. 1. parte, num. 160. cum*
ſequen. præcipuè *num. 168.* & quæ infra dicemus
quarta parte in cap. 2. nom. 8. Verum igitur eſt,
quòd contractus geſtus à minore, vel Eccleſia
ſine ſolemnitate à iure requiſita nullus eſt, et-
iam ſi eis vtilis eſſet, vt in dictis legibus eſt ex-
preſſum, nec etiam aliquam in hoc differẽtiam
eſſe conſtituendam inter minorem, & Eccle-
ſiam, ſiue obligatio contrahatur ſine facto i-
pſius, vt in *d. l. ſi pupilli, & dicto c. quod quibuſdam,*
& quod notatur in *dicto c. cum pro cauſa,* ſiue ex
expreſſa voluntate, vt in *dicto §. nec tamen.*

Quid igitur reſpondemus ad *dictum §. eam*
tranſactionem, & ad *dictam legem, non eo mi-*
nus, de procurator. quibus doctores non ſatiſ-
faciunt, & videntur omnia ſupradicta deſtrue-
re? ego exiſtimo quòd ſi prima iuris principia
rectè conſideremus, res eſt adeo clara, vt nul-
lam dubitationem poſſimus habere, & ideo
puto, *Bartol. & Alberi. ibidem,* & alios antiquos
hæc,

13 hæc, vt leuia omisisse, in quibus *Paul. de Castr.*
& alij plures hætent. Nam si quærimus vtrum
actus, seu contractus gestus ab ecclesia, vel mi-
nore sine solemnitate, vel alia persona prohi-
bita contrahere sine certa solemnitate, vt in
casu *dicta l. cum hi*, valeat, si ei vtilis sit actus ille,
dico, aut ille actus est talis in quo ecclesia, vel
minor, vel contrahere prohibitus non se obli-
gat, sed alium obligat, vt quando sibi stipulan-
tur, vel eis donatur, & tunc sine dubio valet ta-
lis actus, etiam si nulla sit solemnitas obserua-
ta, nec enim in ea specie aliqua per legem est
solemnitas introducta. text. est *in §. pupillus. In-
stitu. de inut. stipulat.* vbi text. loquens de pu-
pillo inquit, Nam alium sibi obligare etiam si-
ne tutoris authoritate potest,] idem probatur
in *l. pupillus. §. 1. ff. de authorit. tutor. & in l. contra
iuris ciuilis regulas. ff. de pact. in princip.* text. in *prin-
ci. Instit. de authorita. tutor.* vbi loquendo de pu-
pillis inquit tex. Si quid dari stipulentur, non
est necessaria tutoris authoritas, quòd si alijs
promittant pupilli, necessaria est tutoris aucto-
ritas. namque placuit meliorem quidem suam
conditionem licere eis facere, etiam sine tuto-
ris authoritate, deteriorem verò non aliter
quàm cum tutoris authoritate.] in ista specie
loquitur text. in *dicta l. non eo minus. C. de procu-
rato.* vbi sententia lata pro minore etiam non
legitimè defensu valet, quia per illam senten-
tiam nō minor alij, sed alius minori obligatur,
& ita procedit text. sine difficultate in *dicto §.
eam transactionem*, ibidem enim nihil fiebat,
quo alimentarius obligaretur, sed alium me-
liori modo, quam ex legato obligatus esset, sibi
obligabat, nec repugnat quòd textus ille de
transactione loquatur, in qua solet, & debet
aliquid hinc inde interuenire, hoc saltem, vt à
lite discedatur, vt *ff. de transaction. in l. 1.* quia di-
co, quòd discedere ibi à lite, in nihilo obligat
alimentarium, quia hæc discessio à lite necessa-
ria est, non voluntaria, cum id, quod sibi debe-
tur, vel amplius potius sibi soluatur, vt proba-
tur *ff. de procurator. in l. si reus paratus, & l. fi. in §. fi-
nal. in fine. ff. si cert. petat. & in l. hoc edicto in prin-
cipio. ff. de publica. & vectigal.* & hoc est, quod di-
ci solet, omnia iudicia debitore volente esse
absolutoria, vt *Instit. de perpetu. & temporal. actio.
in §. superest*, & text. in *l. cum fructuarius, in fine. ff. de
vsufruct.* ecce qualiter *in dicto §. eam transactio-
nem*, valuit transactio super alimentis sine Præ-
tore. Idque summo iure statuitur, nec in aliquo
oratio diui Marci violatur, quæ in se obligan-
te, vel de iure suo dimittente non in acquiren-
te loquitur. & in ista specie non versatur quæ-
stio nostra.

Secundus est casus, quando minor, vel Ec-
clesia contrahit sine solemnitate se tantū obli-
gando, non autem obligat eum, cum quo con-
trahit, & tunc nulla est difficultas, quòd actus
est nullus, cum iste actus sui natura damnum
afferat minori, vel Ecclesiæ, & ita est nullus,
quòd nulla indiget restitutione, vt in *l. 1. cum
sua glos. C. de in integrum restitutio.* tex. *in dicto
princip. instit. de authorita. tutor.* & etiam iste ca-
sus non est quæstionis nostræ, & in eo nulla est
obscuritas, aut dubitatio, adeò vt mirandum
sit de *Francisc. Areti.* viro doctissimo, & acutissi-
mo, qui in *l. si curatorem habens. C. de in integrum* *Contra Franciscum Areti.*
restitutio. minor. 2. colu. velit, quòd licet adultus
curatorem habens non possit sine eo contra-
here, quia comparatur pupillo, vt ibidem no-
tatur, tamen quod poterit donare ea ratione,
quia cum ius donandi non cadat sub curatoris 14
facultate, vt *C. de transactio. in l. præses, & in l. pa-
ctum curatoris. C. de pact.* & melius in *l. seruus fu-
riosi. ff. de manumiss.* ibi, quia in administratione
patrimonij manumissio non est.] iudicetur in
ea, tamquam si curatorem non haberet, & ita
in donatione defectus authoritatis curatoris
non vitiet, quę opinio, licet eam multum com-
mendet tamquam rem nouam, & à doctori-
bus non inuestigatam, nullum habet veritatis
colorem, cum erret in multis. Nam licet datio
curatoris non impediat minorem in his, quæ
ipse de se perfectè potest, vt est in contrahen-
do matrimonio, vt in *l. in copulandis. C. de nupt.*
carnali, vel spirituali, vel alio actu respiciente
statum personæ, & in testamenti confectione,
vt notatur in *l. 1. in §. fuit quæsitum. ff. ad Trebellia.
& in l. Aurelio, in §. idem quæsit. ff. de liber. lega.* & in
casu in *cap. si annuum quatuordecimum. de iudic. lib.
6.* & in materia text. *in l. fina. C. de his, quæ legi per-
son. hab. stand. in iudicio.* & si qui sunt alij casus in
iure, qui non occurrunt: tamen in his, quæ mi-
nor ex se perfectè facere non potest, non est
dubium, quòd datio curatoris (cum si quid i-
pse potest extra dictos casus, alterius potestati
subijciatur,) ipsum magis impediet, adeò, vt
actus, qui aliàs valeret, si curatorem non habe-
ret minor, licet restitueretur, efficiatur nullus
per *dictam l. si curatorem*, si authoritas sibi dati
curatoris non interueniat. & contra Aret. est
text. expressus in *l. 1. C. si aduers. donatio.* vbi in
donatione de qua ipse loquitur, text. facit dif-
ferentiam, an interuenerit authoritas curato-
ris, vel non, contra quem etiam est glos. expres-
sa in *verbo res iud. in l. si curatorem.*

Nec etiam est verum, quod facultas curato- 15
ris nō extenditur ad donandum, quia aliquan-
do extenditur (vt supra dictum est) per *l. cum
plures in §. cum tutor. ff. de administrat. tutor.* exten-
ditur inquam authoritas curatoris, non vt ipse
solus donare possit. hoc enim non potest, vt in
dictis legibus supra allegatis, sed vt minori do-
nanti authoritatem præstet, quo casu si malefe-
cit ipse tenebitur, & etiam restitutio competit,
vt in *dicta l. 1. C. si aduers. donatio.* & ita in materia
donationis cadit restitutio, quæ valere actum
præsupponit, alioquin, si esset nulla donatio,
non daretur restitutio, quæ rescissionem actus
validi operatur, vt *ff. de minorib. in l. in causæ 2. ff.
de iniusto. rupt. in l. Nam etsi sub conditione. in §. post
defectum autem*, & hæc apertè probantur in *di-
cto principio de authorit. tutor.* vbi dicitur, quod
autho-

authoritate tutoris minor in damnum suum obligari possit, vt illis verbis, quæ supra retulimus. Quod si alijs promittant pupilli, necessaria est tutoris authoritas: namque placuit meliorem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris authoritate; deteriorem verò non aliter, quam cum tutoris authoritate.] ergo & donare cum tutoris authoritate poterit, vel curatoris, & sine ea non poterit adultus habens curatorem contra Areti. & si eius esset vera opinio, sequeretur, quòd cum non veniat in administratione curatoris, vt minor immobilia alienet sine decreto, & necessitate, id solus efficere minor possit. quod nullus sanè dicet, & expressè contrarium tenet *gloss. supra allegata in dicta l. si curatorem.* & ad supradicta facit text. in *l. possession. in pupillus, ff. de acquirend. possess.* & hæc quoad secundum casum, qui etiam non pertinet ad quæstionem nostram.

Tertius est casus, de quo loquimur, in contractibus, in quibus hinc inde solet obligatio induci, vt in emptionibus, locationibus, & similibus, quæ propriè sunt contractus, vt *de verbo. signifi. in l. Labeo, libro primo, in § contractum autem. ff. de verb. significa.* vbi dicit *Vlpianus.* Contractum autem vltro, citroque obligationem esse, quod Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem.] Nam illę, de quibus duobus pręcedentibus casibus loquuti sumus, obligationes non propriè contractum constituunt, cum non vtrinque obligatio constet, ideoque donatio non dicitur propriè contractus, quæ res maiorem inspectionem desiderat, quàm hic possit explicari, quia in contrarium est text. in *l. si donationis C. de his, quæ vi metusue causa fiunt,* textus etiam in *l. final. C. de legitt. & glos. in l. contractus. C. de fid. instrument.* latè per *Tiraquell. in dicto lib. post ll. connubi. in glos. 3. num. 37. cum pluribus sequentibus numeris.*

In quæstione igitur nostra, quę in contractibus proprijs versatur, si minor, vel ecclesia sine solemnitate vendat, vel locet, vera est opinio communis Bart. & aliorum contra glos. *in dicto § eam transactionem,* quòd actus sit nullus, etiam si vtiliter gestus sit, quia non sufficit sola vtilitas sine solemnitate, vt minor, vel Ecclesia obligentur, vt est expressum *in dicto § nec tamen de autho. tuto. & alijs supra allegatis.* quod etiam videtur expressum in *cap. tua nuper.* vbi notat *Abb. extrau. de his, quæ fiunt à Præla. sine consensu capituli,* vbi vtrumque requiritur, vt id, quod fit, sit Ecclesiæ vtile, & cum consensu totius capituli, nec vtilitas cum consensu solius Episcopi sufficit. quod idem probatur in *cap. sine exceptione 12. q. 2.* & est etiam expressum in *cap. 1. de reb. Eccles. non alien. lib. 6. & clem. 2. in eod. tit.* & rectè pro ista sententia istos tex. perpendit *Tiraquel. in dicta glos. 6. numero 57.* nec illorum sunt obliti doctores antiqui, quibus textus erant notiores quàm proprij digiti, nam eos allegat *Alberic. de Rosat. in dict. l. cum hi in §. eam transactionem.* & quod supradicta distinctio ita debeat fieri inter actus, in quibus ex vna tantum parte, & inter eos, in quibus mutua obligatio producitur, est text. in *dicto princi. de author. tuto.* vbi verbis supra recitatis subiungitur. Vnde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, vt in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris authoritas non interueniat, ipsi quidem, qui cum eis contrahunt, obligantur adinuicem,
pupilli non obligantur.] ex quibus, vltra docto- 17
res manifestè deducitur, quod *dicta l. non eo minus. C. de procurato.* solum procedit vbi sententia in nihilo minorem obligat. Si enim in aliquo obligaret, vt solet fieri in iudicijs duplicibus communi diuidundo, familiæ herciscundę, vel finium regundorum, vt *C. communi diuid. in l. ad officium, & instituta de offic. iudi.* vel si per sententiam minorem hæredem pronuntiaret, non procederet dicta l. sed hoc casu intraret text. *in dicto § nec tamen,* in istis enim casibus petenda est distinctio, quam infra ponemus, vt ad sensum apparebit. Sed opponet quis dicens, si actus est nullus, etiam si vtilis sit ecclesiæ, vel minori ex defectu solemnitatis, ergo inuentio solemnitatis, quæ eorum fauore à lege inducta est damnum eis pariet, si vtilis admodum contractus reijciatur. quod esset contra iuris notissimas regulas. item, vt dicit *Deci.* qui in hac materia sibi, & alijs est contrarius in *cap. quæ in ecclesiarum, col. 3. de constitutio. & cons. 124. col. 2.* solemnitates hoc operãtur, vt existimemus contractum solemniter celebratum, vtilem Ecclesiæ, vel minori esse: quid ergo in claris his coniecturis superfluis oneramus minorem vel ecclesiam? quæ ratio non videtur leuis *Tiraquello vbi supra, in num. 64.* item cum habeamus effectum, quem ius quærit, vtilitatem scilicet ecclesiæ, vel minoris, quid curamus hoc, vel illo modo id contingat? vt *C. de institut. & substitutio. sub condi. fact. in l. si mater, & ff. ad Senat. consult. Trebell. in l. mulier, & ff. de libe. & posth. in l. Gallus. § & quid si tantum, & ff. quando dies leg. ced. in l. si ita cum concordan.* quas si bene memini, ponit glos. vbi text. singularis, in *l. si. C. de donat. quæ sub mod.* text. notabil. in *l. si quis sic stipuletur. ff. solu. matrimo.* sed ijs facilè responderi potest. Primò, quia difficile est in contractibus vltro citroque obligatorijs, imò impossibile, alio modo intelligi vtilitatem ecclesiæ, nisi per legitimas personas ad id constitutas, & ordine iuris seruato appareat, sed ne in hoc contendamus, respondeo secundo, quòd nullum præiudicium fit ecclesiæ, vel minori ex hoc, cum non fraudentur sua vtilitate, si vtiles sint hi contractus.

Nam licet ecclesia, vel minor non obligentur, & nullus contractus, (vt diximus) sit, illi tamen, qui cum eis contrahunt, obligati remanent. vt *in dicto princip. de autho. tutor. & in l. Iulianus, in § si quis à pupillo. ff. de actio. empt.* Si quis à pupillo, inquit *Vlpianus,* sine tutoris authoritate emerit, ex vno latere constat contractus, nam qui

qui emit, obligatus est pupillo, pupillum autẽ sibi non obligat. Facit text. in *l. 1. ff de resciden. venditio. & in l. si id quod. eodem titul.* non vt ipsi pecuniam perdere, & rem ecclesia vendicare cum lucro possit, sed vt sit in optione ecclesiæ, vel minoris, cum authoritate suorum admini-
17 stratorum, vel stare contractui, & eum perficere, vel non stare, vt est expressum *in l. Iulianus, in §. si quis colludente.* Si quis colludente procuratore meo, inquit tex. ab eo emerit, an possit agere ex empto: & puto hactenus agendum, vt aut stetur emptioni, aut discedatur. Sed & si quis minorem 25. annis circumuenerit: & huic hactenus dabimus actionem exempto, vt diximus in superiori casu, *ff de actio. empt. & in dicto principio de authorit. tutor.* quòd si recedere velit à contractu pecuniam, quam accepit, quatenus locupletior factus est vel pupillus, vel ecclesia, vel ille, qui dolo aduersarij deceptus est, vt *d. §. si quis à pupillo, cum gl. d. l. eleganter. §. qui reprobos nummos in fi. de pigno. actio.* vt supra dictum est, restituet, & in hoc obligatur, non ex contractu, qui nullus est, sed ex receptione pecuniæ, & reipsa. reperitio enim pecuniæ non ex contractu, sed contra contractum oritur, vt verum sit. quod dici solet, repetitionem pecuniæ extra id, quod actum est, oriri, vt in *l. si quis in §. fin ff. commod.* vbi singulariter inquit *Pomponius*, plerumque enim accidit, vt extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur. facit text. in *l. ex maleficijs in §. is quoque. ff. de actio. & obligat.* tex. in *§. item is cui quib. mod. re contra. obligat & in §. item is quoque, de obligation. quæ ex quasi contract.* Bart. notanter in *l. 3. in §. idem scribit. ff. de pecul. colu. penult. num. 52 & in l naturalis §. 1. nu. 2. ff. de præscript. verb. & idem Bart. in l si pecuniam. § fina ff. de conditio ob caus. & glos. fina. in l siue apud acta. C. de transactio. Bart. in l 2. col. 1. C. de condict. ob caus. per Deci. in l. non omnis numeratio. ff si cert. pet. num. 4 & Fortun. Garc. in l. iuris gentium, in §. 1. de pact.* quod longam discussionem requiret, propter tex notab. in *l. ex empt. in §. si quis virginem, & in §. is qui vinum. ff. de actio. empt.* & text. in *l. quod si forte de solutio.* sed non est hic locus his subtilitatibus, alibi fortè explicabimus. Denique in potestate ecclesiæ, vel minoris est, vel stare contractui, vel non stare, quando solemniter non est celebratus: & ita potest claudica-
18 re contractus, vt claudicat, si in contractu, etiam inter maiores celebrato ex parte vnius interueniat fraus, vel dolus: nam in potestate fraudati, vel circumuenti est, vel stare, vel non stare contractui, vt in *d. l. Iulianus. §. si quis à colludente ff. de actio. empt.* quod etiam notat *glos. in l. iurisgentium. in §. prætor ait*, vbi doctores *ff. de pact. & glos in verb. quod magis est, in l. 1. in fine. ff. de pign. action. glos. in cap. in illis 1. extrau. de desponsat. impuber. glos. fin.* quæ allegat plures text. vbi ad hoc etiam est text. notabi. *in c. 1. in fi. de eo, qui duxit in matrimo.* vbi matrimonium potest etiam claudicare, & ibi glos. fin. alleg. concordan. est etiam bonus text. ad hoc, *in l. 1. in fin. C. si rec. prouinc.* licet glos. ibidem malè interpretetur, est etiam text. notabilis in *l. cum interdicta. C. arbit. tutel.* facit text. in *l. sed & socius in §. 1. ff. pro soci.* & quæ notat *Bart. num. 3. in fi post glos. ibidem in l. eleganter ff. de dol. idem Bart. in l. in causa 2. ff de minori. numero 5.* & quod notat *Bald. in l. 1. C. plus vale. quod agi.*

Hoc autem, quod diximus, quòd fauore minoris possit claudicare contractus, est verum, quando contractus agitur à duobus minore, & alio maiore, sed quando fit à minore solo, vt in aditione hæreditatis, tunc indistinctè est nullus actus deficiente solemnitate, nec aditio claudicat, vt *in dicto §. nec tamen*, quia non datur consensus alicuius, qui minori obligari possit, minore inualidè adeunte. Ideo aditio hæreditatis non est contractus, sed quasi contractus, vt in *§. hæres. de obligat. quæ ex quasi contract. & ff. de actio. & obligatio. in l. ex maleficijs, in §. hæres.* & in ista specie cessat ratio *dicta l. Iulianus in §. si quis à pupillo*, & text. in *dicto principio de authorita. tutor.* & ita sentit *Faber in dict. §. nec tamen, num. 2.* vbi est text. qui ita debet concordari cum *dict. §. si quis à pupillo, & cum dicto princip. & Fab.* ponit optimam rationem, quoniam est, quod imputetur contrahenti cum minore, ideo ex hac culpa ipse obligatur, & minorem nõ obligat: debitoribus autem hæreditatis nihil potest imputari, cum illis inuitis, & ignorantibus hæreditas adiri possit, nec consensus eorum in ea re aliquid promoueat obligationem passiuam, quæ ex parte debitoris non est pote- 19
statiua, sola enim actiua est in voluntate creditoris, vt in *l. nominis venditio. C. de hæredi. vel actio. vendi. & in l. debitorum pactionibus. C. de pact. Bald.* elegantissimè *in consilio schismatis sub tit. C. si quis aliq. testa. prohibuer. 2. colum. num. 2.* clarius autem, & per similitudinem hoc ostendi potest, nam quasi contractus non duos pedes, sed vnum tantum habet, cum ab vna tantum parte fiat, ideo claudicare non potest, sed vt cadat necesse est, si in eo defectus reperiatur.

Item notandum est, quòd eleganter *F. Dominic. de Soto, lib. 4. de iustit. & iur. in quæst. 5. artic. 2. colu. penult.* vult, quòd in ludo dicta claudicatio non admittatur, vt qui perdere non potest, vt filius familias, & minor, neque lucrari cum bona conscientia possit. quod videtur contra supradicta, cum sibi imputare debeat, qui cum talibus ludere non erubescit. sed possumus respondere quod in his, quæ ex euentu pendent *dicta l. Iulianus*, non procedat: in illis enim initium, non autem quod postea sequitur attendendum est, vt probatur in *l. si pater puellæ. C. de inofficio. testament. & in l. de fideicommissis. C. de transactio.* esset enim maxima iniquitas, si ex euentu iudicaretur, vt si lucratus fuerit minor, iure lusisse dicatur: si vero victus fuerit, non id sibi licitum fuisse, tunc enim actus duplex vltro citroque gestus, simplex redderetur contra negotij naturam, & partium conuentionẽ. quod non est in *dict. §. si quis à colludente, & dicto*

§. si

§ *si quis à pupillo*. in quo claudicatio, quæ admittitur, non diuidit contractum, sed integrum probari, vel improbari à minore permittit, in ludo autem contra esset. nec obstat *l. non eo minus. C. de procurat.* quia licet in his, quæ ex euentu dependent, loqui videatur, cum dubius sit euentus litis, vt in *l. quod debetur. ff. de pecul.* dispar tamen est ratio sententiæ, & ludi, cum illa iuris præsumptione pro veritate habeatur, & ita minori, quod suum est, tribuit, ludus vero non propria, sed aliena largitur, ideo nihil causari poterit, qui cum minore litigauit. denique fauore minoris contractus claudicare possunt, qui certi ab initio sunt, non autem illi, qui dependent ab euentu, in quibus, cum constet malè ab initio rem minorem gerere, non opus est ex futuro euentu id iudicare: quod est notandum, quia, si contrarium statueretur, maxima esset iniquitas, vt contra consensum partium actus, & obligatio ex vna parte, & pro vna tantum parte consisteret, quod in *d. l. Iulianus, in §. si quis à pupillo* non permittitur, immo expresè prohibetur.

Sed hæc solutio, & concordia, licet mihi aliquando placuerit, nunc tamen videtur non esse sine difficultate, nam hanc distinctionem videtur destruere tex. *in l. sed & socius, in §. si absenti. ff. pro socio*. vbi in contractibus, in quibus vtilitas, vel damnum ex futuro pendet euentu, admittitur claudicatio ex culpa vnius ex contrahentibus, inquit enim *Paulus iurisconsultus*. Si absenti renunciata societas sit, quoad is scierit, quod is acquisiuit, qui renuntiauit, in commune redigi debet: detrimentum autem solius eius esse, qui renunciauit, sed quòd absens acquisiuit ad solum eum pertinet, detrimentum ab eo factum commune est.] Ideo si opinionẽ supradicti F. Domin. de Soto tenere velimus, dicendum esset in ludo etiam non prohibito non esse subiectum tale, vt in eo aliquis priuilegio sit muniendus, sed iure communi vti debeat, vt qui non perdere, nec lucrari possit. Nã licet ludus non sit prohibitus (in prohibito enim nulla caderet controuersia) tamen magis naturam quodammodo prohibiti sortiri videtur, in quo minor à maiore non distat. vt *ff. de minor. in l. auxilium. §. in delictis, & C. si aduers. delictum per totum*, nec enim sicut de emptionibus, & venditionibus, & alijs contractibus commercio hominum necessarijs, ita de ludo ius constituitur: qui licet non prohibeatur, magis tamen id indulgentiam, quam ius contiuet. nec satis minoribus conuenire videtur, vt in hoc aliquod priuilegium minori concedatur, sufficit enim, vt id extra pœnam sit, ad quod est tex. notabilis, si subtiliter perpendatur, in *l. illud in 1. responso. ff. de manu vindict. iuncta l. in concubinatu. ff. de concubi. versic. nam quia*. ideo edictũ de minoribus ad ludum trahi non debet, vt minor lucretur. Satis est vt indemnis cõstituatur, & sola hac ratione dicta opinio niti potest, quia vbicumque æquitas deficit, claudicatio talis non admittitur, vt in *d. l. si id quod. circa fi. ff. de rescin. vendi*. Vbi inquit *Paulus*, Vix bonæ fidei conuenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit,] quod si quis contrariam sententiam probet, eam tam ex dictis legibus, quam alijs rationibus facilè poterit comprobare, quæ verior est, & eam licet leui argumento tenet *Nauarr. in sum. confessor. c. 19. num. 9.*

Quod autem dictum est de minore, quod eius fauore claudicet contractus sine solemnitate celebratus, vt in potestate sua sit stare ei, vel non stare, procedit similiter in ecclesia, vt possit contractum sine solemnitate factum rescindere inuito etiam eo, cum quo sine solemnitate cõtraxit, si videat id sibi vtile esse, & vtilitati velit adijcere solemnitatem, seu approbationem suam. ita vult glos. ordinaria in *c. 1. extrau. ne sede vacante. in verbo sede vacante*, quam ibi sequitur *Host. & Imol. nu. 10.* vbi hoc disputat, & respõdet allegatis in contrarium. & *Abb. nu. 8.* eandem opinionẽ tenuit *Innoc. Ioan. Andr. Cardinal. Zabarell. & Abba. Panormi. in c. 1. de his quæ fi. à Prælat. sine consensu capituli. Anto. de Butr. in cap. si quis presbyterorum. extrau. de reb. Eccles. non alienan. col. 1. in fi. Dec. in c. quia in ecclesiarum, colum. 3. nu. 9. in medio de constitutio. Fulgos. & Ias. in dicto §. eam transactionem. Carolus Ruin. in consi. 11. col. 3. nu. 6. volum. 4.* vbi dicit, quòd cum Innocent. transeunt alij doctores. nec his obstat, quòd
constitutio Pauli secundi, incipiens, Ambitio- 20
se, improbet contractus factos de rebus ecclesiæ sine Romani Pontificis authoritate, & ponit excommunicationis pœnam cum decreto etiam irritanti, quod vocant.

Quia primo aduertendum est, quòd illa constitutio extrauagans non vbique recepta est, ideo excommunicatio cessat in locis, vbi non constat fuisse expresè receptam, vt benè aduertit *Caiet. in summa, verb. excommunicatio casu 75. & Siluest. in verbo excommunicatio 7. vers. 47.* Secundo etiam considerandum est, quòd illa constitutio improbans prædictos contractus, solum procedit ecclesia volente eos haberi pro inualidis, sed si ecclesia velit per legitimas personas, impetrando sedis Apostolicæ assensum & authoritatem, stare illi contractui, poterit hoc facere etiam inuito eo, cum quo contractum est, quia, vt supra est declaratum, contrahens cum minore, vel ecclesia obligatur, licèt ipsi non obligentur, ideo admittitur ratihabitio, vt dicemus infra cap. proximo, nec decretum irritans hoc impediet, nec enim aliquã
vim habet, nisi eo ecclesia vti velit, quod est 21
commune omnibus similibus decretis, vt dicit *Ioan. Monach. Ioan. Andr. Domin. in c. statutum.* vbi etiam *Franc. col. fi. de praben. lib. 6. cum pluribus allegatis à Tiraq. in repeti. l. si vnquam, in verbo reuertatur, num. 331. in versi. illud autem in posteriori impressione. C. de reuocand. donatio. Felin. in cap. cum dilecta 4. col. de rescript. Tiraq.* etiam *in dictis ll. connubial. in dicta glos. 6. num. 93.*

Notandum tamen est, quòd ille, qui cum

ecclesia, vel minore sine solennitate contraxit, ne cogatur esse in suspenso, potest agere, vt minor, vel ecclesia compellantur, vt solenniter declarent, an velint stare contractui, vel ab
22 eo discedere, textus est, qui istum modum agẽdi inducit in *dict. l. Iulianus, in § si quis à colludente*, vt notat *Bartol. ibid. & in l. Pomponius, 5. colum. numer. 15. ff. de negot. gest.* & alibi sæpè doctores quos allegant recent. vt statim dicemus, qui modus agendi contra minores, & ecclesiam, non admittitur contra pupillum, sed expectãdum est, vt pubes efficiatur. Nam textus *in § si quis à pupillo*, non repetit in pupillo id, quod in minore dixerat in *præcedenti § si quis à colludente*, intelligens in adulto, & ita aduertit *Bartol.* & bene *Ant. Pinell. in dicta repetit. l. 1. C. de bon. mater. 3. part. num. 35.* nec est nouum, vt fauor pupilli efficiat, vt causa aliquando in eius pubertatem differatur, vt in Carboniano edicto videmus, & aliàs in *l. apud Iulianum, in § 1. ff. quibus ex caus. in possess. eatur*, & imputare sibi debet, qui cum puero contrahere non erubuit. Post pubertatem verò non impeditur agere, etiam antequam minor ad vigesimumquintum annum peruenerit, & sic durante minori ætate, vt in *dict. § si quis à colludente*, vt bene notat *Pinel. loco supra allegato, num. 36.* contra *Ioan. de Imol. clem. 1. num. 38. de in integr. restitut.* & vide omninò *Pinel. ibidem in num. 30.* qui aliqua satis cum iudicio (vt solet) ponit in ista materia, licet supradicta non ita examinet, nec aliquis scribentium.

23 In ecclesia autem, quæ iure minoris censetur, cùm non speretur quòd ex progressu temporis fiet aliqua mutatio, non est, quare emptor expectare aliquid debeat, sed statim poterit agere, vt ecclesia declaret an stare velit contractui, vel vt statim ab eo discedatur. Ex quo etiam existimo ecclesiam ad diuisionem prouocare posse, quamuis id minori non liceat, cum diuisio sit alienatio, vt in *l. inter omnes, C. de præd. minor. & in l. 1. § si communis. & in l. magis puto, § final. & in l. si pupillorum, in princip. ff. de reb. eorum.* quia licet communio non soleat esse vtilis, & remanere in communione perpetuò, quòd causa rixarum sit, nullus possit cogi, etiã ex conuentione, vt in *l. in hoc iudicium. § si conueniat, ff. commun. diuid.* de quo per *Decium in l. final. num. 23. C. de pact. & consil. 264. per Iason. in § quadam. de action. Hippol singul. 9. & Ioann. Dilectum in tractat. de arte testand. libr. 8. caut. 8.* facit *ff. de lega. 2. in l. cum pater, in § dulcissimis*, tamen in minore, ne ad diuisionem possit prouocare, statutum est, quia non sufficit ad rerum alienationem vtilitas, sed necessitas, cum tempore, quo maior erit, hoc efficere possit. licet malè *Bart. in l. si pignore, num. 7. ff. famil. hercisc.* velit minorem, si sibi vtile sit, ad diuisionem prouocare posse contra dictas leges, & omnia supradicta, quia in edicto de rebus eorum sola causa necessitatis excipitur, non autem vtilitas sola sufficit, & eadem ratione non est verum, quod *ipse Bartol. in l. si conuenerit, ff. pro socio, & in l. inter* Contra
pupillos. ff. de authorit. tutor. in ecclesia verò con- Bartol.
24 trà verum erit, vt semper ad diuisionem prouocare possit. Primò, quia non potest expectari tempus, in quo debeat eius status mutari, sicut expectatur in minore. Secundò, quòd in ecclesia vtilitas sola sufficiat, etiam si necessitas non subsistat, &, vt suprà dictum est, cùm vtile semper sit à communione discedere, vt dictis legibus, cum etiam res communes facilè negligantur: naturale quippe vitium est negligi, quod communiter possidetur, vt dicit textus *in l. 2. C. quando, & qui. part. pars debeat. libr. 10.* Hæc autem vtilitas semper probabilem facit diuisionem, vt inquit textus in *l. qui potuerunt, ff. de manumiss. testament.* & ita videtur expressum in *l. si pupillorum, in princip. ff. de reb. eorum.* vbi gloss. non considerauit, quòd vtilitatis causa res ecclesiæ alienari potest, quæ vtilitas semper in diuisione, legis interpretatione versatur, minoris verò res ex sola necessitate, si immobiles sint, alienantur, vt in dictis legibus probatur, & in *l. si fundus sit sterilis, ff. de reb. eorum.* & ibid. not. gloss. per textum in *authentic. item prædictum, C. de sacrosanct. eccles.* & est textus expressus in *cap. sine exceptione, 12. quæst. 2.* vbi in ecclesia vtilitas sine necessitate sufficit, quod in minore non sufficit, sed sola necessitas.

CAP. III.

De ratihabitione contractuum minorum, & ecclesiæ, qui fuerunt sine solennitate celebrati.

SVMMARIVM.

1. *Contractus inualidus Ecclesiæ, vel minoris potest ratihabitione confirmari.*
2. *Quod procedit etiam lite iam cœpta, cum minore, vel ecclesia.*
3. *Non debet esse in potestate actoris præripere optionem à lege concessam.*
4. *Ratihabitio tacita non sufficit in contractu Ecclesiæ.*
5. *Qui præsupponit, non disponit.*
6. *Animus continuandi quando producat actum de nouo.*
7. *Ratihabitio procuratoris tacita nihil operatur, nisi id consultò fiat.*
8. *Dispensatio non inducitur tacitè, & in consequentiam, sed debet expressè fieri.*

Visum est supra, quonam modo contractus minorum & Ecclesiæ sine solemnitate
gesti, obligent contrahentes cum ipsis, licet 1
ipsi obligati non sint, nunc id declarandum est, nisi minor factus maior, vel adhuc existens minor, vel ecclesia cum ea solennitate, quæ ab initio debuit fieri, contractum ratum habuerit. Si enim id fiat, securus erit emptor, & in exteriori, & in conscientiæ foro, vt per *totum C. si maior factus.* facit textus in *l. obseruare, § fin. de offic. Proconsul. cum ibi notat.* & nota per *Alberic.*

in

in l.fin. C. ad senat.consult. Macedonian. ex ratiha-
bitione solenniter facta confirmabitur, licet
Bald. in l.obseruare. §. & post hac 2. lect. fin. colum.
Contra Bald. quaest.14. dicat, quòd vbi est peccatum infor-
ma ratihabitio non operatur, & eum sequa-
tur Carol. Ruin. consil.123. num.8.lib.1. tamen id
non est verum, si ratihabitio solemniter fiat,
& ab ijs omnibus, per quos oportuit, ab initio
actum gestum fuisse. argu. l.1.C.qui admi.ad bo-
no. posses. & in l.qui aliena. ff. de acquiren. haredit.
& est de mente omnium reprobantium glos.
d. l.cum ij in §. eam transactionem, qui necessario
ratihabitionem admittunt, cum minorem, vel
ecclesiam posse approbare contractum, & ex
eo agere posse concedant.

Nec obstat, quod dicit Guill. Speculat.in titulo
de his, qua fiunt à Pralato.num.2.cum sequent. nam
ibidem Specula. solum quaerit, an iudicium semel
malè, & sine actione cœptum à Praelato super
re ab eo solo, sine capitulo alienata, possit ex
superuenienti capituli ratihabitione firmari,
& non negat ius ex superuenienti ratihabitio-
ne superuenire, immò necessario id praesuppo-
nit, cum dubitet, an ius superueniens firmet
iudicium semel ab initio inualidum contesta-
tionis tempore, iuxta tex.in l.non potest videri.ff.
de iudic. vbi inquit Paulus, Non potest videri in
iudicium venisse id, quod post iudicium acce-
ptum accidit: ideoque alia interpellatione ó-
pus est.] & ita Speculator potest pro ista parte
allegari, quem omnino vide, namque ex eo
2 colligitur, quòd etiam lite iam cœpta, & pen-
dente, possit dicta ratihabitio in praeiudicium
contrahentis fieri, nec mirum, cum ex dicto
contractu cum ecclesia non solemniter gesto
contrahens, vt dictum est, sit perfectè obliga-
tus. quod non esset, si in sua constitutum sit
potestate, ab obligatione resilire, vt l. si sub hac.
ff.de actio. & obliga.& l.in ementis.C.de contr.empt.
& in diffinitio.obligationis in princip. de obligationi.
instit. alioquin esset in potestate illius, qui cum
ecclesia, vel minore contraxit, agendo eis prae-
3 cipere ius optionis, & vanum esset eorum pri-
uilegium, quod est contra mentem dict. l. Iulia-
nus. §. si quis à pupillo. ff. de action. empto. iunct.
l. 2. §. final. ff. de eo quod cert. loc. & in lege si quis
rem. ff. de arbitris. facit text. notabil. in l. 3. ff.
qui & à quib. ibi, Non potest haeres quosdam
seruos, vel omnes manu mittendo, aut euer-
tere, aut minuere ius electionis,] & l. ne in alie-
na. ff. quod vi aut clam. vbi inquit Venuleius iuris-
consultus, Ne in aliena potestate sit, conditio-
nem meam nihil delinquentis deteriorem fa-
cere.] facit ratio text. in l.interdum, in §. serui. ff. de
publica. & vecti. & in l.si maritus ninus. ff. solut. ma-
trimo. tex. notab. in l.sit quod mihi, in §. fin. ff. de li-
beratione. lega. text. in l. an vnus. ff. si seru. vendice.
ibi, Quodammodo sibi alienum ius praeripit,]
intelligo tamen supradicta si ratihabitio ex-
pressa ecclesiae interueniat, tacitam enim, quae
vel ex traditione rei, vel census receptione, vel
simili facto colligitur, credo non sufficere, li-
cet ratihabitio aliàs possit, & tacitè, & expres-
sè induci, vt in l.Paulus ff.rem rat. habe. per Tira-
quel.de iure.constit.3.part.30. limitat. num.11. cum
sequen. vbi allegat plures concordan. cum facto
cognoscatur voluntas, vt in l reprehendenda, cum
glos. comprobasti. C. de institutio. & substit. & in l.
non putauit. §. si quis sua manu. ff. de bonor. poss.
contra tabul. & in l.si aua. C. de iur. deliberan. &
in l.post diem. ff. de lege commisso. in l.pro herede. §.
sed quod Papinianus ff. de acquiren. haredi. in l rem
legatam. ff. de adimend. lega. & in l. nihil interest.
ff. de inoffic. testament. Ias. in l.de quibus 8. col. ff. de
legi. Deci. in cap. dilecti 2. de appellatio. & in l non
vult hares esse. ff. de regul. iur. & ratihabitio à nu-
da voluntate dependeat, vt per Bart. in l. Pompo-
nius 1.ff. de negot. gest. & ideo ex supradictis acti-
bus inducitur, vt probatur in l.2. C. de his qua vi
metusve caus. & in l.cum fidem. C.de non numer. pe-
cun. Immò & leuius ad odiosam exceptionem
excludendam, vt in l.si filius familias.ff ad sen.con-
sul. Macedon. tamen, vbi requiritur solemnitas,
& deliberatio, vt in ecclesia, & sic plus quàm
nuda voluntas, non credo tacitè ratihabitio- 4
nem sufficienter induci, quia qui praesupponit
vbi amplius quam nuda voluntas requiritur, 5
non videtur disponere, etiãsi dispositio in eius
voluntate consistat, tex. est notabil. in l.heredi-
tas ad Statium.ff.de hered.inst. optimus tex. in l.Ti-
tia, cum testamento, in princi. ff. de lega.2. facit,
quod vult Bart. & communiter doctor. licet
quoad illam legem habeat difficultatem in l.
is, qui putat, nu.4. in fi. ff. de acquiren. haredi. vbi fa-
ctum continuationis non inducit dispositio-
nem, quod semper verum est, vbi potest indu-
cere damnum, vel obligationem: secus vero si
actus esset talis, in quo de mera acquisitione
agatur, & ita debet intelligi communis opinio
contra gloss. in l.3. in principio verb. animo, in fi- 6
ne. ff. de acquir. possess. vbi animus continuan-
di, qui praesupponit acquisitam iam possessio-
nem, efficit acquisitionem de nouo, quod
est notandum, quia doctores non satis hoc ex-
plicant, vt patet ex Areti. in dicta l.is, qui putat 2.
colum. ratio est, quia non datur satis deliberata
voluntas in praesupponente per supradicta,
quae deliberatio in ecclesiae contractibus re-
quiritur, cum ad hoc requirantur tractatus, vt
in cap.sine exceptione 12. quaestion. 2. & in cap. 1. de
reb. eccles. non alienan. libr. 6. & per Abb. in cap.
nulli de reb. ecclesi. non alienand. Ideo ex tradi-
tione rei, vel receptione census, vel pecuniae
non inducitur rati habitio sufficiens in eccle-
sia, nisi consulto, & deliberato animo ratifi-
candi fiant actus praedicti: aliàs autem id, quod
ex dictis actibus infertur, vel praesupponitur,
non est deliberatio sufficiens, cum magis prae-
supponatur, quam constituatur obligatio: &
hoc eleganter probat Papin. in l.in totum. ff. de re-
gul. iur. vbi ita inquit, In totũ, ea quae animi de-
stinatione agenda sunt: non nisi vera, & certa
scientia perfici possunt.] & aliud est agere
spontaneè, aliud ex electione, necesse enim est

vt consilium electionem antecedat, vt inquit eleg. *S. Ioann. Damascen. orthodox. fid. lib. 2. cap. 24.* ad quod etiam facit quòd prudentissimè ma-
7 iores nostri *Rota Auditores* iudicarunt *in decis. 38. incip. fuit dubitatum de procurator. in nouis*, constituendam esse differentiam inter ratihabitionem tacitam, & expressam, vt hæc facta à procurato operetur, non autem illa, quòd debet per supradicta declarari, nisi consulto & deliberato ratificandi animo id efficiatur.

8 Sic etiam videmus in ordinario non induci dispensationem ex actu in consequentiam, nisi expressè dispensatio concedatur, vt eleganter not. *Innocent. in cap. veniens. extrau. de filiis presbyterorum.* vbi ponit singularem rationem, quia requiritur saltem summaria causæ cognitio, vt notatur in *cap. requiritis, in §. nisi rigor. in gloss. 2. in princip. 1. quæst. 7.* quæ, vt supra diximus, non interuenit in præsupponente. non enim datur deliberatio sufficiens cum aliud agendo, & perfunctoriè *πάρεργον*, quod id egisse certum sit. de quo per *Abbat. in cap. cum in cunctis, §. inferiora, 3. column. extrauag. de election.* vbi limitat in supremo principe, ad quod est text. *in l. quidam consulebat, ff. de re iudicat.* licet etiam in supremo principe sola nominatio non sufficeret. *vt in clem. si summus Pontifex. de sentent. excommun.* vbi etiam probatur, quod princeps, qui præsupponit disponere non videtur, licet verba principum, quàm priuatorum consultius prolata esse credendum sit. denique in inferiore à principe non fit legitimatio in consequentiam, sed opus est, vt principaliter fiat. De quo latè per mod. in *tract. de literis apostolic. num. 110. cum seq. 1. volum. tract. diuer. doct.* facit in simili, quod not. gloss. *in l. interrogatam, C. de liberal caus. Bart. in l. cum scimus, C. de agricol. & censi. lib. 11.* cum his, quæ *Hippol. post Bartol. in l. 1. §. diuus Adrianus, ff. de quæst. & in singul. 581. & Tiraquell. de retract. in 1. part. § 36. in gloss. 2. num. 55.*

CAP. IV.

Vtrum omissio solennitatis in contractibus ecclesiæ, & minoris inducat defectum voluntatis, & an possessio amittatur ex tali contractu, & de remedio canonis reintegrandæ, & alijs vtilioribus remediis ad recuperandum res malè alienatas.

SVMMARIVM.

1 *Ecclesia voluntas quomodo explicetur.*
2 *Potestas & voluntas in quolibet actu requiruntur.*
3 *Remedium retinendæ & recuperandæ concurrere possunt diuersis rationibus.*
4 *In possessorio leuior probatio requiritur.*
5 *Facto administratoris ecclesia amittit possessionem.*
6 *Qualis voluntas sufficit ad amittendam possessionem.*
7 *Coacta voluntas quando operetur.*
8 *Mandatum concessum per vim est nullum ipso iure*
9 *Metus vitiat contractus innominatos.*
10 *Pænitentia nihil operatur in contractibus iam perfectis, & si incontinenti superueniat, contra modernos.*
11 *De remedio canonis reintegrand.*
12 *De condiction sine causa, & indebiti quoad possessionem, quòd non sint remedia possessoria, licet dentur ad possessionem.*
13 *Remedium nullitatis, & restitutionis in integrum possunt cumulari conditionaliter, & simpliciter.*

EX dictis in præcedentibus capitulis satis apparet, alienationem rei ecclesiasticæ, vel minoris sine solennitate, licet vtiliter fiat, inualidam esse, quasi volũtas deficiat, vtilitas enim potestatem quodammodo respicit. non enim fieri debet, nisi vtilitas, vel necessitas (vt supra diximus) adsit. Solennitas verò voluntatem
explicat. Nam ecclesia, cum sit persona mysti- 1
ca, aliter velle nõn potest, nisi mediante eorum persona, quibus hæc res commissa est, nec minor perfectè, nisi & tutoris volũtate seu administratoris sua adiuuetur voluntas, quo fit, vt altero deficiente inualidus actus efficiatur, cum actus cuiuslibet perfectio duobus funda-
mentis nitatur, atque firmetur, potestate, sci- 2
licet, & voluntate, vt in *c. graue nimis, & in cap. stirpanda, in §. qui vero.* ibi, velint, & possint,] *extrauag. de præbend. & dignitat. & in cap. super inordinata. eod. tit. & in cap. cum in cunctis, extrau. de elect.* probatur optimè in *cap. cum super, extrau. de offic. de legat.* text. notabilis in *l. nolle adire*, vbi notat *Bald. ff. de acquirend. hæredit. idem Bald. per text. ibidem, in l. cum te, C. de donat. ante nupt.* text. in *l. si voluntate domini, C. de fideicommiss. libertat. in prioribus verbis*, textus notabilis in *l. 1. C. si in caus. iudic. pignus captum sit*, ibi, Si eius iussu, cui ius iubendi fuit.] facit text. in *l. in re mandata. C. manda.* ideo, si ex his alterum tollas, actum corruere necesse est, vt in *l. multum interest, C. si quis alteri, vel sibi. in l. 1. ff. de iur. codicill. in l. 3. C. de contrahen. stipulat. & in l. siue emancipatis. C. de donat.* vt enim inquit *Bald. in tract. schismatis sub titul. C. si quis aliquem test. prohibu. col. 4.* actus, qui sine voluntate fit, informis est, indifferens, & inanimatus est, & *idem Bald. in l. 1. num. 4. C. plus valere, quod agitur.* dicit, quòd vbi consensus remouetur ab actu, actus remanet tanquam corpus sine anima, & inquit *Boet.* quem *Lancello. Deci.* refert *in l. 1. col. 4. ff. de condict. indeb.* omnis humanorum actuum intentio ex duobus constat, potestate scilicet, & voluntate, & licet *Aristot.* quem refert *Bald. in l. cum testamentum. C. de iur. & fact. Claud. de Saisselo in l. pacta nouissima, col. 1. C. de pact. & Lancell. Deci. in l. certi condict. § fin. in fin. ff. si cert. petat.* tria requirere videatur, posse, velle, & scire, tertium tamen hoc sub primo comprehenditur, vt rectè, ac solet considerat *Deci. in dicto cap. cum super Abbatia, extrau. de offi. delega. 4. notab.* ideò ex dictis contractibus sine solemnitatibus nomine ecclesiæ, vel à minoribus factis (vt de possessione rerum Ecclesiæ aliquid attingamus) cum sine animo, seu voluntate possessio non amittatur, vt *ff. de acquiren.*

quirend. possess. in l. 3. § amittenda, & in l. quemadmodum cum alio, si possessio naturaliter capiatur non solum res vendicari ab Ecclesia, vel minore possunt, verum & possessorijs remedijs posse experiri videtur, vel recuperandæ ratione naturalis, quæ traditione vel apprehensione amissa est, vel retinendæ respectu ciuilis, quæ retinetur, vt turbatio, quæ naturaliter fit, prohibeatur: diuersarum enim possessionum respectu remedia retinendæ, & recu-
3 perandæ non sunt contraria, ideò ex eodem facto oriri possunt, vt rectè interpretatur glos. in *l. vnic. C. vti possid. & in l. clam possidere, in § 1. & in l. naturaliter, in § nihil commune, ff. de acquir. possess.* quinimo & adipiscendæ possessionis interdictum, licet non soleat dari possidenti, vt in *§ si quis de interdict.* & notat gloss. in *l. 1. ff. de fideicommiss. haredi. petitione, & in cap. 1. de confessis, lib. 6.* concurrit tamen aliquando cum interdicto retinendæ respectu alterius possessionis, quando ipso iure per statutum transfertur possessio, vt doctores nostri varijs locis determinant, quos refert *R. Episcopus Segob. lib. 3. varia. resolut. cap. 5. numer. 6. per totum, Suarez interpres nostrarum Hispaniæ legum non imperitus, in l. 3. de las herencias, num. 12. cum sequen. num. 3.*

Sed hæc materia possessorij iudicij in his rebus ecclesiæ, vel minoris venditis, vel alienatis, non ita leuiter esset attingenda, cũ valde præiudicialis sit, & non momentanea, sed perpetui fortè præiudicij, in qua non leuiter peccetur, vt *Celsus adolescens in l. si seruum Stichum, in § sequitur. ff. de verbor. obligat.* esse quæstionem de bono & æquo, quo in genere plerunque sub authoritate iuris scientiæ perniciosè, inquit, erratur.] licet enim momentariæ possessionis quæstiones, & leuissimæ in iure nostro iudicentur, vt in *l. momentaria, C. vnde vi*, & ea ratione, vt in re parui momenti in his possessorijs, appellationis effectus iure ciuili sit impeditus, vt in *l. vni, C. si de momentar. possess. fuer. appell.* adeo, vt minor vigintiquinque annis in possessorio iudicio, tanquam de re leui etiam omisso curatore admittatur, vt in *l. fin. C. qui legi. pers. habent stand. in iudic.* ideoque & leuiores probationes, (vt in re leui) præsumptiuæ, vel semiplenæ, vel indicia sufficiant, vt per *Bar. in l. 1. num. 10. C. quorum bonorum & eund. Bartol. in l. 2. C. vbi in rem actio. in § fin vero*, vbi etiam *Bald.* quos sequitur *Francisc. de Aret. consil. 66. num. 10.* de quo per *Deci. consil. 56. col. 1. idem Deci. consil. 663.* & alij plures quos refert *Hippoly. de Marsi. singul. 620. Curti. in l. admonendi, numero 68. ff. de iure iuran.* licet *Alexand.* male dicat commun. opi. in contrarium *consil. 139. numer. 14. lib. 6. consil.* allegando glos. in *l. 1. quorum bono. C.* quam dicit sequi doctor. primò enim *Bart. ibidem* expresse dicit contrarium eius, quod *ibidem Alexan.* secundò, quia *glos. in verbo. filium esse, versic. tu dic.* in qua se fundat *Alexan.* quæ dicit, tu dic, quod plenè probat, vult dicere, id est non summariè, vt in præcedenti articulo, vel glos. vt apertè sentit, loquitur de

Contra Alexand.

Franc. Sarmient.

legitimanda persona, quæ etiam in possessorio debet plenè legitimari, vt ibidem dicitur expresse, & per glos. & omnes in *l. 2. C. de edict. Diui Adria.* & probatur *ff. de nou. oper. nunciat. in l. de pupillo, iuncta l. 1. tit. ras. in rubr. C. qui admit. ad bono. poss.* plures refert *Hippo. in l. si quis nec quastion. numer. 5. ff. de quæst.* non tamen possessionis plena probatio requiritur, quia rei momentariæ est præiudicium, ideoque interdicta, & præambulum, & præludium petitorij iudicij erát, vt in *§ retinendæ, inst. de interdict.* & possessio parum duratura dicebatur, quia cito per dominium debet auferri, vt in gloss. *fin. in l. 3. in § fin. de vi & vi arm. glos. & Bald. in dict. l. vni, C. si de mouent poss.* Sed cum hodie eò deuentum sit, vt iudicia ea possessoria non momentanea sint, sed longiora etiam iudicio proprietatis, non in triennium tantum, vt iure ciuili statutum erat, sed in longius tempus protrahi soleant, non leuis causa possessorij ab aliquibus iudicatur. & verum est, vt per *Rip. in l. interdicto. pen. col. num. 8. ff quo. bonorum, & in cap. sæpe, col. 1. extra. de restit. spolia. post Abbat. & alios*, quos ibi allegat, ideò sapientissime maiores nostri, & nunc etiam eruditissimi Rotæ auditores, ex quorum numero, licet eorum impar meritis, ego sum, in supremo Palatij Sacri auditorio non sine distinctione leuiores probationes in possessorijs admittunt, sed alio modo in vno possessorio, quã in alio iudicant, licet re vera omni possessorio hodie grauissimum præiudicium, & fere totius negotij summa versetur, cum petitorij diffinitio soleat in longum protrahi, quamuis id omnibus displiceat maxime, litium natura, ne dicam calumniantium, hoc malum parturiente, sed huic medendo malo Sanctissimus Dominus noster pro sua pietate incumbit, & remedia generalia omnibus litibus per reformationem, & sigillatim etiam, prout res expostulant, adhibet, dum Sanctiss. rescriptis suis sæpissime, cum ita breuiter potest de veritate dominii constare possessoria iudicia relegat, & extinguit, in quo tantum abest, vt aliqui ex nostris doctoribus, qui disputant, an Princeps posit in possessorio facere præiudicium, sint audiendi, vt aliquando, & sæpissime principem id debere facere non sit dubitandum.

Sed ad rem nostram, & contractus rerum Ecclesiæ & minorum reuertamur, in quibus defectum voluntatis ex omissione solennitatum adesse ostendimus, ex quo nec possessio amissa esse videtur, cum id sine animo fieri non possit: quod si de facto amissa reperiatur ecclesia tanquam spoliata restituenda sit. Sed non ita hoc simpliciter est admittendum, sed quãdo nec solennitas, neque voluntas legitimi administratoris, in ipsa possessione tradenda, vel continuanda interuenerit. Si enim interueniat, possessoria remedia cessabunt, veluti si Episcopus rerum ecclesiæ administrator, Abbas, vel parochus, vel pupilli tutor rem Ecclesiæ, vel minoris sine solemnitate vendant, vel in

 solen-

solennitate sit aliquis defectus, licet contra-
ctus inualidus sit, non tamen vt spoliata eccle-
sia agere poterit, quia ex cōtractu nullo trans-
fertur possessio, si ad traditionem peruematur,
vt in *l.1.§ si vir vxori, de acquirend.possess.* nam, li-
cet prædicti administratores non liberam ha-
beant voluntatem quoad dominium, tamen
quoad possessionem, si facto eorum ecclesia
ceciderit à possessione, non poterit tamquam
spoliata in possessorio recuperandæ obtine-
re. nam hoc videmus in minore, cuius tutor
alienare immobilia non potest, tamen, si id fa-
ciat, & possessionem transferat, eam pupillus,
qui alias possidere solus desinere non potest,
amittit. text. in *l. possessionem pupillus, ff. de acqui-
rend. possess.* vbi *Vlpianus* apertè hoc vult, qui fa-
tuus esset, si de re cum decreto iudicis alienata
loqueretur, sicut etiam *Marcellus in l. pupillus, de
acquirend. rer. domin.* nec enim est bona conse-
quentia, titulus, & possessio est iniusta, ergo,
quia iniustè amissa est, vt spoliato remedio
recuperandæ est restituenda. nam istam con-
sequentiam destruit text. qui supradicta de-
cidit in *l. si rerum. ff. de vi, & vi armat.* vbi inquit
Vlpianus. Si rerum tibi possessionem vi tradide-
ro, dicit Pomponius, vnde vi interdictum ces-
sare, quoniam non est vi deiectus, qui compul-
6 sus est in possessionem inducere,] & ita vides
quòd qualis qualis voluntas etiam coacta suf-
ficit, vt facto suo quis à possessione cecidisse
videatur, & spolij remedia cessent, licet volun-
tas illa coacta, non sit perfecta voluntas. nam
vt voluit *Aristot. in lib 3. Ethicorum.* cum coactus
quis agit, voluntaria, ac non voluntaria dicen-
da est actio, *S.Thomas in 1.2. quæst. 6. ad 3. in fine*
sentit, quòd magis habet inuoluntarij actus
per metum factus, de quo elegant. *S.Ioann. Da-*
7 *mascen. lib. 2. orthodox. fide, cap. 24.* sed secundum
varias species actus valet, vel non valet, vel est
reuocandus: valet. nam in materia sacramen-
torum, vbi actus est ita perfectus, vt imprima-
tur character, sufficit ille consensus, qui est in
vi conditionali, vt in *cap. maiores, §. item quæri-
tur, extrau. de baptismo:* itē vbi actus est ita per se
malus, vt ei non debeat quis pro aliquo dam-
no vitando, vel infamiam consentire, vt in *cap.
sacris de his, quæ vi metusue causa fiunt.* in quo ta-
men circa communicationem cum excom-
municato *Diuus Thomas* discrepat à Canonistis
in quodlib. 11. artic. 9. licet sit metus iusta causa
ad pœnam temperandam, vt per *Tiraq. in tract.
de temperan. pœ. caus. 36.* aliàs autem aliquando
metus vitiat, vt est in actu, in quo non impri-
mitur character: sed si semel firmaretur, esset
actus irreuocabilis. Ideò, ne ex imperfecto, &
non voluntario consensu perficiatur, ex metu
redditur nullus, vt in matrimonio *cap. cum lo-
cum, extrau. de sponsal.* vel quando actus de se
est imperfectus, quia tunc, si metu fiat, peni-
tus redditur nullus, vt in *authentic. sacramenta
puberum, C. si aduers. vendi. vers. per vim,* vbi iura-
mentum minoris per vim præstitum, est nul-
lum ipso iure, quod si præstitum esset à ma-
iore per vim valeret, vt in *cap. 2. extrau. de iu-
re iurand.* licet debeat concedi absolutio: in
minore autem est nullus ipso iure, quia con-
sensus imperfectus ratione vis, vel metus con-
currit cum alia imperfectione consensus, quæ
ex maiori ætate prouenit.

Ita etiam actus alieno nomine ex munere 8
officij per metum gestus, est nullus ipso iure.
textus est in *l. 1. in § fin. ff. de author. tutor.* not. *Deci.
in l. velle non creditur, num. 4. ff. de regul. iur.* sic et-
iam mandatum per vim concessum est nullum
ipso iure, vt inquit *Hostiens. in cap. Abbas, extrau.
de his, quæ vi metusve causa fiunt,* quem ibi sequun-
tur doctores, & inter alios *Abbas Panormitanus
column. penultim.* ratio est, licet eam doctores
non ponant, quia mandatum per se non est a- *Noua ratio.*
ctus perfectus, cum in eo finis negotij non cō-
sistat, sed sit medium ad finem, ideò tamquam
actus imperfectus vitiatur, si metus interue-
niat. textus est notabilis in *l. 2. ff. de iudic.* ibi, Aut
si cum restitisset, quiuis ex litigatoribus, viri-
bus præturæ cōpulsus est, nulla iurisdictio est.]

Item etiam est alia ratio, quam doctores *Singularis*
non considerant, quia in mandato est locus *ratio.*
pœnitentiæ, vt in *l. si pater ff. de manu vindict. & in
l. si pecuniam. §. 1. ff. de condict. causa data,* & ibi no-
tatur, & potest reuocari expresè, vel tacitè, vt
probatur in *cap. quamuis, de procurato. lib. 6.* si er-
go pœnitentia mandatum reuocatur, nonne
multo magis pœnitentia præcedens, quæ in
coacta voluntate inest, impediet, ne manda-
tum ab initio subsistat? argumento tex. in *l. pa-
tre furioso. ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iur.* faciunt
verba text. notabilis *l. penul. C. per quas perso. nob.
acqu.* ibi, quare non ab initio.]

Et ita erit notabilis opinio (licet doctores *Noua opi-*
non ponant) quòd contractus innominati, in *nio.*
quibus est locus pœnitentiæ, vt *l. si pecuniam, ff.
de condict. caus. dat.* si vis, vel metus interueniat, 9
sint ipso iure nulli, quasi pœnitentia in ipso a-
ctu interueniente, & præueniente ipsius actus
perfectionem.

Et licet non desint, qui velint, non solum in
innominatis contractibus, verum & in nomi-
natis locum esse pœnitentiæ, vt si incontinenti
aliquem ex contrahentibus pœniteat, posset à
contractu recedere, etiam altera parte inuita,
vel ei nouas conditiones adiicere, quod idem
est, vt expresè voluit *Socin. consil. 66. colum. fin.* *Contra So-*
volum. 1. consil. & Francis. de Ripa in lib. 3. respons. c. *cin. & alios.*
*1. & Reuerendiss. Episcop. Segobiens. in 1. libr. Variar.
resolut. cap. 14. in principio,* ex eo, quod *l. perfe-
cta donat. C. de donation. quæ sub modo.* dicit, per-
fecta donatio conditiones postea non capit,
quasi velit, si non postea, sed incontinenti ad-
iiciantur, contra esse, tamen errant apertè,
quia quod ibi dicitur, postea debet interpreta-
ri, id est post perfectionem, etiam incontinen-
ti, vt latè per *Tiraquellum in lege si vnquam in
verbo & postea. C. de reuocand. donat.* cum si id pos-
set pœnitentia statim secuta, multo magis id
possit

possit ea, quæ præcedit, & inest in contractibus per metum initis, vt dictum est: sed metus non reddit nullum regulariter contractum, ergo dicta opinio non est vera, præterea contra opinionem prædictorum, sunt duæ leges expressæ; altera, in *l. quamuis. C. de transactio.* vbi inquit lex, Quamuis eum, qui pactus est statim pœniteat, transactio tamen rescindi, & lis instaurari non potest, & qui tibi suasit, infra certum tempus licere à transactione recedere, falsum allegauit. Altera est in *l. non idcirco. C. de contrahen. emptio.* ibi, Nec enim, licet incontinenti facta pœnitentiæ contestatio, consensu finita rescindi.] probatur etiam in *dict. l. perfecta donatio.* ibi, post aliquantulum temporis,] quod significat incontinenti, vt patet ex supradictis legib. Ecce textus expressus, qui istam mutationem voluntatis incontinenti in contractibus nullius esse effectus ostẽdit, quod enim dici solet, quæ incontinenti fiunt inesse videri, eò pertinet, vt si vtriusque partis consensus accedat inesse videantur, quasi id, quod de nouo actum est, in priori actu contineatur, non autem, vt vnius voluntas altero inuito rem perfectam possit immutare. ita glos. in *d. l. perfecta donatio*, *& ibi Bal & Salic.* ideò melius *Bald. in cap. ex parte decani. num. 33. de rescript.* vult, quòd in actibus, in quibus non solet esse locus pœnitentiæ, etiam si statim pœnitentia superueniat, nihil officere actui semel absoluto. actus enim perfectus nullum requirit temporis interuallum, vt firmus & irreuocabilis constituatur, vt patet ex his, quæ dicuntur de contractu matrimonij in mortis articulo, & alijs similibus, vt infra dicemus 3. parte cap. 3. quia tempus non est modus tollendæ, vel inducendæ obligationis, vt in *l. obligationum ferè in § placet ff de actio. & obligatio.* ad quæ facit tex. notab. *l. vxoris abortu. C. de posthum. hæred. institu.* Vxoris abortu, inquit lex, testamentum mariti non solui posthumo vero prætertito, quamuis natus illico decesserit, non restitui ruptum iuris euidentissimi est.] text. etiam in *l. quod certatim, eod. tit.* ibi, Sancimus, si viuus perfectè natus est, licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si viuus ad orbem totus processit.] licet *Fulgos. in consil. quodam & Hippoly.* qui eum refert in *singular. 106. in fi.* contra illos tex. apertè, respunderint temporis breuitate innitentes. facit tex. in *ll. cum vxori.* vbi notat *Bald. C. quando dies leg. ced.* facit tex. notabil. cum ibi tradit. per *Barto. in l. fina. ff. de conditio. institutio.* nam, vt inquit *Bal.* tempus est con-
„ comitantia actuum humanorum, non causa, &
„ producere effectus attribuitur causis, nõ temporibus. ita *Bald. in l. vnic. col. 3. C. quan. non peten. part.* & ideò verum est, quòd in contractibus nominatis pœnitentia, vel mutatio voluntatis, etiam incontinenti nihil operatur, in innominatis vero, quandocumque licet pœnitere, & ideò, cum in metu pœnitentia insit, contractus innominatus vitiabitur ipso iure, si metu gestus fuerit. denique vbi actus de se est infirmus, & debilis, metu interueniente, nullus efficitur ipso iure. sic alienatio rei Ecclesiasticæ, si metus interueniat, ipso iure erit nulla, vt per *Abb. in dicto cap. Abbas*, & ita sicut voluntas coacta, & imperfecta sufficit ad amittendam possessionem, vt in *allegata l. si rerum.* ita etiam voluntas imperfecta prælati, vel tutoris efficiet, vt amittatur possessio, cum facilius possessio, quàm dominium amittatur, vt in *l. quod meo. § si furioso*, vbi glos. alias leges allegat. *ff. de acquirend. poss.* probatur in *l. 3. in § subtilius ff de condi. cau. data.* *& in l. si aliquam rem, cum ibi not. ff. de acquiren. possess.* & ita sentit *Bart. in l. indebiti. § sed si nummi. 1. notabil. ff. de condict. indebit.* & licet *Bart.* videatur dicere contrarium in *l. 1. § si vir vxori ff. de acquiren. possess. numero 3.* tamen intelligi debet, vbi nec tutoris, nec prælati legitima voluntas interuenit. sent. *Alber. in dicta l. pupillus, de acquirẽd. rerum domini.* & est glos. expressa, quam ibi not. *Ioann. de Imol. penult. colu. in fin. in l. 2. § si à pupillo. ff. de vsucapi. pro empto.* vbi si pupillus authoritate tutoris rem immobilem alienet sine decreto, transferetur possessio, quæ alienari sine decreto poterit, quod etiam sequitur *Alexand. in dict. § si vir vxori, colum. fin.* & idem dicendum erit in ecclesia.

Quòd autem hæc opinio, quòd ex contractu ita gesto sine solemnitate possessio amittatur, vera sit, manifestè apparet, nam, si aliter diceretur, numquam fieri posset, vt ecclesia possessionem sine dominio amitteret, cum si contractus est legitimè factus, vtrumque sequuta traditione vera transferatur, si vero in aliquo deficit, neutrum transferri necesse sit. quòd maximè absurdum est, cum facilius possessio, vt dictum est, quàm dominium amittatur, & transferatur. Item cum præscriptio sine possessione ciuili procedere non possit, vt est tex. in *l. acquiritur. in § si ff. de acquiren. rer. domi. & in l. 1. § per seruum, qui in fuga. de acquirend. possess.* notat *glo. fi. in l. 1. C. de seru. fugiti. in fin.* text. in *§ idem placet, Insti. per quas pers. nob. acqui.* quem not. *Fab. in § de his. num. 3. cum sequent. eodem titu. & Dyn. in regul. sine possessione de regu. iur. lib. 6.* latissimè *Bal. in l. Celsus 2. part. num. 10. ff. de vsucapio. & in tract. de præscript. 6. part. in 3. illius parte 1. quæst. numer. 6.* sequeretur, quod numquam res Ecclesiæ præscribi potest, si enim possessionem ciuilẽ amittere non posset, nisi cum dominio, ex contractu legitimè celebrato, consequentia esset manifesta, & tamen pia mater Ecclesia iure, quod alijs præscripsit, vt litium finis sit, & ne in incerto dominia sint rerum, vti vult, cum contra Ecclesiam præscriptiones admittat. Sequitur ergo, Ecclesiam possessionem ex contractu minus solemni amittere.

Nec his obstat text. *in l. final. C. de acquirend. possess.* quia non loquitur in tutoribus, nec similibus administratoribus, quibus cum libera à lege administrandi datur facultas, licet ad Prælatum

latum etiam illum text. doctores passim adducant, vt per *Ioann. Andr. in cap. cum in officijs. colu. pen. extrau. de testa.* & alibi sæpe, cum tamen in tutore contrarium dictis legibus, sit statutum, de quo de industria dicere omisit text. in *dicta l. si.* nam etiam hodie minor in possessione posset sine tutore sibi facere præiudicium, vt *C. qui legi. perso. habeant stand. in iud. in l. fina.* & supra dictum est. sed quod peius est, & magis de doctoribus nostris maximè antiquis mirandum erit quòd inuenerunt quoddam reme-
11 dium ad omnes iustos possessores spoliandos, & inquietandos, quod remedium canonis reintegrandæ 3. quæst. 1. appellant non solum Ecclesijs, & personis Ecclesiasticis, sed & laicis, & pro rebus profanis, & non ad tempus, sed perpetuo eorum aliqui, quos rota aliquando fuit secuta, etiam post mille annos concedunt: in quo remedio sufficit me probare aliquando, vel prædecessores meos possedisse, vt possim rem à quocumque iusto possessore bonæ fidei, & cum titulo, etiam si res vitio non sit affecta reali, vel ab alio auellere, etiam si ego malæ fidei possessor fuerim, dum tamen antiquior mea possessio, vel meorum prædecessorum sit quam possessio aduersarij, vt latè declarat *Bartolom. Socin. per 12. quæstiones in l. rem. quæ nobis. ff. de acquirend. possession. & Francisc. de Rip. in cap. sæpe. extrau. de restitut. spolia.* & nunc latissimè *Iacob. Menoch. in tractat. de remed. recuperand. possess. remed. 15. vbi per plures colum. & Robert. Maran. de ordine iudiciorum. in 4. part. 7. distinctio. num.* 50. quo fit, vt hoc remedio admisso omnes leges, & canones, qui de præscriptionibus loquuntur, frustra membranas occupent, quod absurdum est, cum canones de præscriptionib. loquentes sint illi canoni posteriores, maximè quia, si verba text. considerentur nihil minus significant, quam quod sibi imponunt doct. inquit enim textus, Reintegranda sunt omnia spoliatis, vel eiectis Episcopis præsentialiter, ordinatione Pontificum, & in eo loco, vnde abscesserant funditus reuocanda quacumque conditione temporis, aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum, & per quascumque iniustas causas res Ecclesiæ, vel proprias id est suas substantias perdidisse noscuntur.] Ecce textus, ex quo tot mirabilia doctores colligunt, & tot hominibus tendiculas machinantur, primo enim textus ille nihil speciale disponit, sed generalia quædam præcepta in eo ponuntur, sicut etiam in *l. iustitiæ. ff. de iust.* vbi dicitur. Iuris præcepta sunt hæc, honeste viuere, alterum non lædere, ius suum vnicuique tribuere.] ex quo textu nemo dixerit præscriptiones, & alia iuris remedia esse sublata, nam generalia hæc sunt, ideoque nihil possunt in his, quæ specialem habent constitutionem, vt in *l. doli clausula, cum suis concordan. ff. de verb. obligatio.* maximè quia ex istis interpretationibus non solum specialia iura subuertuntur, & multa remedia postea inuenta redduntur inutilia, & superflua, vt est remedium *cap. sæpe. de restitut. spolia.* sed apertissimè iniustitia fouetur, & inducitur. præterea esto quòd verba illius textus eam vim habeant, vt ea sola, non alij canones essent obseruanda, nónne, quæ doctores ex illo textu inferunt, verbis illius textus aduersantur? Tex. inquit, re integranda sunt omnia spoliatis, vel eiectis Episcopis,] tex. de spoliatis, vel eiectis loquitur: doctores vero inquiunt his qui aliquando etiã iniuste possederint, licet non sint spoliati, vel eiecti fiat restitutio. at text. Episcopis: ipsi dicunt etiã non Episcopis, verũ & laicis prædonibus, & isto casu, etiã si cum titulo possessor bonæ fidei per centum annos possederit. Dicit vlterius text. Per quascumque iniustas causas res Ecclesiæ, vel proprias idest suas substantias perdidisse noscuntur.] Doctores volunt etiamsi non noscantur per iniustas causas perdidisse, sed solum quòd aliquando etiam iniuste possederint, hoc sufficere. hæ sunt interpretationes, quas doctores nostri non vnus, aut alter, sed omnes ferè nostræ, & superioris ætatis illi text. tradunt, quæ quàm iniquæ, & absurdæ, & contra legum, & canonum mentem, & communem sensum hominum sint, alij iudicabunt, cum text. ille nihil contineat, quod communibus regulis non comprehendatur, cum velit, quòd spoliatus, seu deiectus Episcopus sit restituendus ad res proprias suas, vel Ecclesiæ. quod verùm erit etiam nullo spatio temporis obstante, quia cum violentia sit vitium reale, & prædo sit malæ fidei possessor, impeditur iure communi præscriptio, vt *§. furtiua cum alijs, institu. de vsucapio.* quod si vis, vel vitium reale non fuerit illatum, & quis iusto titulo, & bona fide possideat, cur præscriptio ordinaria impediatur iure, vel ratione nõ video, nec tex. hoc cogitauit. Cum solum loquatur re affecta vitio reali, & in malæ fidei possessore, quem nullius temporis meta defendit, vt in *capit. final. de præscription.* etiam si sit tanti temporis, vt hominum memoriam excedat, vt per *Bald. de præscriptio. secunda part. 3. partis 6. numero* 20. si enim esset bonæ fidei possessor etiam re vitio reali affecta procederet saltem longissimi temporis quadragenaria præscriptio; vt in *l. 1. §. ad hæc. C. de annali exceptio.* & notat glos. in *l. sicut, in fine. C. de præscriptione 30. vel 40 annorum.* nec verba generalia text. hoc impediunt, non enim verisimile est vno verbo omnem præscriptionum materiam subuertere velle, ideo secundum alios canones debet ille text. interpretari, cum illa verba, Quacumque conditione temporis,] non tollant legitimam præscriptionem, si bona fides, & alia requisita concurrerent, vt in *l. fin. in fin. C. de edicti. diui Adri. tollen.* vt dicit *Paul. de Castr. consil.* 105. *col. fin. lib. 1. in 2. intellect. dict. cap. reintegranda*, qui tamen alia ratione in primo intellectu voluit euadere verba text. vt non excludant præscriptioné, quem, inquit doctissimus vir *Ant. Massa*

De intellect. cap. reintegranda. contra doctores.

Gal.

Gal. exercitatio. libr. 3. num. 56. quia text. non dicit. Quacumque conditione temporis nō obstante, sed quacumque conditione temporis, aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maior, & per quascumque istas causas ecclesiæ, vel proprias, idest suas substantias perdidisse noscuntur.] & ita illa verba Quacumque cōditione temporis] referuntur ad verbum Perdidisse noscuntur: sed videamus verba ipsa Pauli de Cast. quæ hæc sunt. Tertio principaliter dubitatur vtrum contra agentem ex illo canone possit obijci exceptio præscriptionis? Dicunt quidam quod non, per illum text. dum dicit, quacumque conditione temporis, &c.] Sed mirandum est de illis: etsi dicere licet, non intelligunt illum tex. qui sic dicunt, non enim dicit tex. quacumque conditione temporis nō obstante teneatur restituere, vel quod debeat reintegrari possessio: tunc enim posset procedere quod illi dicunt, sed vult dicere littera quod res deperditæ quacumque conditione temporis putà per negligentiam, vel captiuitatem, vel alio modo, &c. debeant integrari. illa enim verba Quacumque conditione temporis &c.] determinant verba Perdidisse noscuntur,] quæ ponuntur in fine, & sic nihil facit ad propositum ille tex. Hæc tamen Pauli intelligentia licet sit vera, non euacuat tex. inductionem, quia etiam isto modo intelligendo verba tex. videntur excludere præscriptionem. nam etsi quacumque conditione temporis perdidisse noscantur sunt restituendi; ergo siue ex conditione temporis breuis id contigerit siue longioris, cum dicat quacumque conditione temporis, &c. & ita siue negligentia fuerit parua siue maxima. necessario igitur debet intelligi text. quòd præscriptio non obstet re affecta vitio reali, vt tex. lóquitur, sed vt dixi loquitur text. in fauorem bonæ fidei possessoris contra malę fidei possessorem & prædonem. quòd autem ille textus in prædonis fauorem etiam intelligatur, vt prædo contra bonæ fidei possessorem restituatur, nescio vnde colligi possit, nisi verba textus, qui idem voluit dicere, quod dicit etiam *Caius Papa in cap. Episcopis, & Fabianus Papa in cap. Episcopi eod. titul.* manifestissimè corrumpantur, & cum soleat in pari causa esse melior conditio possidentis, vt est in regula iuris, & in *dicta l. si seruum Stichum. §. sequitur ff. de verbo. obligatio.* vbi inquit *Paulus.* Nam cum quæritur de damno, & par vtriusque causa est, quare non potior sit, qui tenet, quam qui persequitur? & ibi glos. allegat. concordantes, & est text. in *l. 3. ff. de condictio. ob turp. cauf. & in l. 1. ff. de Saluia. interd. & in l. si alius. §. bellissime ff. quod vi, aut clam.* vbi glos. allegat multas leges. text. & gloss. in *l. 2. C. de condictio. ob turp. cauf.* vbi concordant. & *in l. in pari, & in l. cum par ff. de reg. iur.* Qualiscumque enim possessor, hoc ipso quòd possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet,] inquit *Paul. in l. 2. ff. vti possidet.* in specie tamen proposita non solum dicta regula viriatur, verum contraria ex diametro constituitur, vt potior sit iniqui petitoris, & prædonis causa, quàm iusto cum titulo, & bona fide possessoris, imò & domini, si legitima præscriptione completa: & ridiculum sanè est dominum præscriptione, vel vsucapione semel vero possessorem nulla posse præscriptione tepelli. Hæc volui tetigisse, licet aliquantulum videar ab instituto principali digressus, quia & possessionem bonorum Ecclesiæ respiciunt, & doctorum dicta maximam continent iniquitatem, & ita optimè *Innocen. in cap. cum ad sedem in num. 6. extra de restitu. spoli. & Francis. de Rip. in dict. cap. sæpe, eodem tit. num.* 20. tenent *dict. cap. redintegranda* nihil noui inducere, nam si illius tex. verba essent scrupulosè ponderanda, dici posset dominij probationem esse necessariam, cum text. dicat proprias, idest suas substantias perdidisse noscuntur, nec hæc interpretatio esset aliena à verbis tex. sicut illæ sunt, quas fingunt doctores: sed vt dixi verius est, illum tex. nihil inducere, quòd à communi iure exorbitet: nec putet quis Ecclesiam grauari in rebus suis malè alienatis recuperandis, quòd his remedijs possessorijs sublatis, difficile sit probare dominium, quia respondeo, quòd ille, qui ab Ecclesia titulum habet, vel eius successor, non poterit Ecclesiam probatione dominij onerare, etiamsi Ecclesia rei vendicatione ageret, vt dicit optimè *Paul. de Cast. in l. quidam in suo. ff. de condit. institut. num. 6. & Nicola. Boer. decisio. 42. nu. 7.* sed quia hæc opinio licet sit vera est controuersa, alijs remedijs erit succursum, ideo omissa rei vendicatione sufficiet probare rem malè alienatam sine aliqua probatione dominij, vt *in c. Episcopi* vbi notat *Imol. nu. 4. & Abb. 2. notabil. num. 1. de reb. Eccles. non alien.* & hoc remedium erit in rem scriptum, cum canones antiqui *cap. siue exceptione, & extrauagantes de reb. Ecclesi.* in rem loquantur, ideo sequentur quemcumque possessorem, sicut de restitutione in integrum dicimus in *l. in causa. §. interdum ff. de minor.* & de alijs rescissorijs remedijs, vt in *l. metum. 3. in §. fi. ff. quod met. cauf. & in l. 3.* vbi gloss. notat *C. eodem titulo.* Alioquin deterioris conditionis esset minor, vel Ecclesia in recuperanda re, existente contractu nullo, & sine solemnitate, quam vbi valido existente contractū peteret in integrum restitutionem, quòd esset sine ratione, nec solum in subsidium, sed & principaliter agere contra quemcumque possessorem potest: quia quod in *dicto §. interdum* dicitur quòd in subsidium, tertius possessor conueniri potest, non aliàs verum est, nisi intersit minoris, vel Ecclesiæ rem ipsam habere: vt colligitur ex *gloss. ibidem verb. vendiderit. & verb. faciendam,* semper autem interest Ecclesiæ, rem sine solemnitate alienatam recuperare, cum ex hoc actio sibi detur non vt pretium recuperet quod habuit, ideo hæc remedia ad rem ipsam non ad pretium sunt inuenta, vt patet. Alio etiam remedio Ecclesia est

secura, cum Ecclesia condictione indebiti, vel
11 sine causa agens in vtili existente contractu possit possessionem auocare, licet condictio possessorium remedium non sit. vt in *l. indebiti solut. in §. sed & si numm. 1. ff. de condict. indebit. & in l. 1. in fin. ff. de condict. sine causa*. vbi inquit *Vlpian*. Constat id demum posse condici alicui, quod vel ex non iusta causa ad eum peruenit, vel redit ad non iustam causam.] ecce remedium breue, & facilè quo probata mala alienatione rem suam Ecclesia, vel minor sine probatione dominij poterit recuperare, neque ob id, aliqua regula iuris violabitur, quod in priuatis etiam locum habere poterit, iniquo illo remedio à doctoribus nostris inuento penitus eliminato, quod si illud remedium passim admitteretur, nullum regnum, vel imperium esset securum, nullusque rerum status constitui posset, & dominia in incerto semper vagarentur contra legum prouidas sanctiones. *ff. de vsucap. l. 1.* & dum nimium iusti esse doctores volunt, plurimi iniustissimè spoliarentur, & iurgia, & lites, quæ Reipub. mala sunt, & societati ciuili maximè contrariæ, vt inquit *Aristot. in Politi.* innumera excitarentur, vt verissimum sit quod *Cicero lib. 1. de legibus* inquit: potius ignoratio iuris litigiosa est, quàm scientia. Et notandum est quòd hæc remedia condictionis indebiti, vel sine causa (omissa triticaria condictione, quæ non ita vtilis est) licet possessionem auocent, vt volunt *gloss. in princ. instit. de interdict. & in rubric. ff. eod. titul.* nec in eis de iure dominij quæratur, non tamen sunt remedia possessoria, cum apta sint per se & dominium recuperare, si amissum est: immò sunt ad hoc inducta, & iure ciuili inuenta, vt in *§. sic itaque, instit. de actio.* facit text. in *l. fin. ff. vsufruct. quemadmodum caueatur.* sed ex accidenti dantur ad possessionem, vel quando non dominus erat, qui indebitè soluit, vel solam possessionem nulla habita ratione dominij, velit auocare, si possidens rem alienam esse, nec illius, à quo illam habuit, fuisse prætendat. sicut & actio exempto ad possessionem aliquando solum prodest, vt *ff. de acquiren. possess. in l. si aliquam rem*, nullus tamen dixerit actionē exempto remedium esse possessorium, possessionem enim solum respicit per accidens, & ex defectu subiecti, non ex propria natura. sic de dictis condictionibus indebiti, & sine causa dicendum est, vt remedia possessoria non sint, licet aliquando solam aduucent possessionem,
Contra Menoch. licet *Menoch in suo tractat. de remed. posse.* inter remedia possessoria illa annumerauerit, quod si ea ratione fecit, quòd solam possessionem auocent, & ex empto actionem non solum in specie *dicta l. si aliquam rem*, sed semper, cum ea tradendum agatur. vt *ff. de action. empt. in lege ex empto.* vbi inquit *Vlpianus*, & imprimis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere.] cum alijs concordant. inter possessoria remedia debebat annumerare. Quinimmo, & omnia iudicia proprietatis, & rei vendicatio ipsa, cum possessionem nudam aduocet, eadem ratione diceretur possessorium remedium, & ab eo inter possessoria potuit connumerari, vt *ff. de rei vendit. in l. qui restituere.* & actio ex stipulatu diceretur remedium possessorium, si possessio promissa esset, quod nullus iuris non penitus ignarus dixerit. non ergo illa dicuntur possessoria remedia, quæ possessionem aduocant, omnia enim iuris remedia hoc faciunt, & huc tendunt, sed vel illa, quæ ex interdictis oriuntur, vel quæ ad proprietatis iudicium præordinantur, vel natura ipsa proprietatis iudicium expectant, & quibus solum de possessione contendi potest, vt *institut. de interdict. in princip. & §. retinendæ, versicul. nam quamsi ante*, sed per condictiones ex ipsarum natura, dominium recuperatur, quod etiam in actione ex empto, quando venditor dominus est, contingit; licet ex accidenti solam possessionem respiciat. vt quando possessio sola vendita est, vt in *dicta lege si aliquam rem*, quod non satis intellexit Menochius, quinimmo vtilius est his remedijs non possessorijs Ecclesiam, vel minorem possessionem repetere, cum possit cum his, & restitutionem in integrum cumulare disiunctiuè, scilicet, vt dicat, Peto rem nullo iure, & sine solemnitate alienatam, & si ritè alienatam fuisse apparuerit, tamquam læsa in venditione peto restitutionem in integrum, vt do- 53
cet text. in *cap. constitutus, de in integr. restitut.* vbi text. inquit, Quocirca mandamus, quatenus si præmissa inueneritis veritate subnixa, vel venditionem prædictam quoad partem eos ex successione materna ipsos contingentem, nulla nuntiare curetis, si in ea debita iuris solénitas est omissa, vel si fursitan interuenerit, & eos læsos esse constiterit, tam super ea, quàm super residua portione, dum tamen quod offerunt, duxerint faciendum, authoritate nostra in integrum restituere studeatis.] & licet iuris subtilitate id fortè fieri non possit, cum ea remedia contraria quodammodo sint, tamen ius canonicum istas subtilitates non considerat, sed ita agere permittit, ideò si alterum horum verum sit, agens ex eo capite, in quo probabit, obtinebit. quinimmo, & doctores iuris ciuilis dictum rigorem sæpè temperant, dum admittunt, cōdemnatum ita posse experiri, dico sententiam esse nullam, & si qua sit, appello, vt dicit gloss. in *l. r. C. quando prouoc. non est necess.* de quo per *Bar. in l. si expressim, ff. de appellat. recentior. in cap. dilecto. de appellat.* ea autem remedia contraria esse dubium non est, vt in *l. 3. §. falsus, ff. rem rat. habe.* facit gloss. in *l. penult. C. loca. gloss. in l. qui de inoffic. ff. de inoffic. testamento.* nec vis est in hoc, quod hæc remedia conditionaliter proponantur, licet doctores prædicti id sentiant, & *Bartolus*, qui ita intelligit *dictum cap. constitu-* Contra
tus. in lege Carmelia Pia, ff. de iur. patron. & in lege Bartol. &
Papinianus in §. si quis irritum. ff. de inoffic. testa- alios.
ment. & Ioann. Fabr. in §. sunt autem de bonorum noua opin
posses-

possessionib. & Paulus de Castro in l. venditioni. C. de vsucapion. pro empto. & idem Paulus de Castr. consil. 65. numero 2. volu. 1. Ias. numero 32. in l. edita actio. C. de eden. qui tamen sublentit non esse tutam dictam opiniònem, quam ego etcdo esse falsam, cum magis incertus sit libellus conditiunem, quam alternationem continens, item, quia idem est, si simpliciter hoc modo proponatur, dico de nullitate, & appello, vel conditione adiecta, cum ratione necessitatis id lex ita semper interpretetur, vt alterum in subsidium alterius proponi videatur, vt in *l. Gallus. in §. quidam rectè. ff. de libe. & posthum.* & fac. doctrina *Bar.* in hac materia libelli in *l. Si pecuniam, in princi. 2. colum. in num. 10. ff. de conditio. caus. dat.* quinimo si præpostere dicta remedia proponerentur, appello, & de nullitate dico, vel peto restitutionem in integrum, & contractum nullum declarari, sustineretur dicta conceptio libelli, vt id præcedere intelligatur, quod opus est præcedat. argu. text. in *l. cum in testamento. §. hac verb. ff. de hæredi. instituen.* & est expressum in *l. quidam in testamento. ff. de peculio. lega.* vbi inquit *Alphenus.* Respondi in coniunctionibus nullum ordinem esse, neque quicquam interesse, vtrum eorum primum diceretur, aut scriberetur.] Et ideo licet quis debeat absolui prius ab excõmunicatione quàm à peccatis (incapax enim est absolutionis sacramentalis excommunicatus) si tamen insimul fiat vel etiam è conuerso ordine valebit absolutio. & facit tex. in *l. si quis ita testatus sit. ff. de heredi. institu. & in l. in his vero, in §. fina. cum l. sequent. ff. de solutioni.* text. etiam in *l. 2. in §. prim, versic. sed si quis ff. de vulg. & pupilla.* ibi, Licet conuersa scriptura, nam ordo scripturæ non impedit causam iuris, vt voluntatis,] inquit *Papinianus in l. cum pater, in §. fidei tuæ. ff. de legat. 2.* & ita verius est, quòd iure canonico subtilitates hæ pernitiosæ attendi non debent, vt sentit *Io. And. in cap. querelam de elect. supra glos. 2. colum. fina.* ibi, salua æquitate iuris canonici post *Hostiens.* licet ipsi distinguant: sed ego verius puto sine distinctione id admittendum, cum omne ius & deduci possit, & deductum videatur, vt in *cap. Abbate sanè, de re iudica. libr. 6.* & ita admittitur prædictus modus agendi, vel conditione expresse adiecta, vel non adiecta, vel etiam si inuerso ordine libellus esset conceptus, vt formulæ illæ antiquæ prorsus explosæ videantur. Nam de rigore iuris ciuilis verius est dictos modos agendi non esse admittẽdos, cum libellus generalis, vel ambiguus, vel alternatiuus non admittatur, parte opponente, vt omnes doctores volunt *in dict. l. edita actio. C. de eden.* nisi vbi ambiguitas, vel incertitudo ex facto aduersarij oriatur, vt in *l. 1. §. quia autem. ff. quorum legatorum*, & latè *Deci. nu. 75. cum sequent. in dict. l. edita actio. C. de eden. & idem Deci. in l. nemo ex his. §. quoties. ff. de regul. iur.* vel ex alia iusta causa, vt vult *Fab. in §. si res aliena. ante nu. 2. instit. de lega. post Hostiens. & Ioan. And. in dict. cap. querelam. de electio.* & est communis opinio secundùm *Claud. de Saisselo col. 10 in d. l. edita actio.* quæ omnia sunt valdè notanda, ad præcidendas cauillationes eorum, qui ijs nugis iudiciorũ cursus, nullitatibus, & tricis sæpissimè impediũt: sed de his satis, alibi forsan hæc latiùs prosequemur.

Ex supradictis existimo satis esse declaratũ, qualis esset natura bonorum Ecclesiasticorum initio nascentis Ecclesiæ, & qualiter Apostoli essent astricti paupertati, vel ex proprio voto, vel ex Christi præcepto, tam eo tempore, quo erant discipuli, quam pusteaquam effecti fuerunt magistri; & quatenus per promotionem ad episcopatum ea obligatione liberentur, qui antea paupertatis votum emiserant, & quale sit id dominium, quod paupertatis voto impeditur: explicatum est etiam apud quem sit dominium rerum ecclesiasticarum, an apud pauperes, vel Christum, Ecclesiam, Pontificem, vel clericos: visum etiam est harum rerum alienationem prohibitam esse, nisi necessitatis, vel vtilitatis causa adhibitis solemnitatibus fiat, & quòd si contractus sine solemnitate fiant, inualidi sunt, etiamsi maximè vtiles essent Ecclesię, idemque esse in minore, licet teneãtur hi quatenus locupletiores fuerint effecti. lateque etiam sumus interpretati *l. cum hi. §. eam transactionem. ff. de transactioni. & l. non ideo minus. C. de procurato.* & quomodo fauore Ecclesiæ, vel minoris contractus possint claudicare, sitque in eorum optione stare, vel non stare contractibus non solemniter celebratis, & vtrum ex his contractibus possessio minoris, vel Ecclesiæ amittatur, & qualiter talis possessio ex remedio canonis, reintegrandæ, vel alijs iuris remedijs recuperetur. quibus circa dominium, & possessionem bonorum ecclesiasticorum breuiter expeditis, ne argumenti nostri obliti videamur, sequitur, vt de fructibus horum ecclesiasticorum bonorum, seu redditibus dissetamus, quos fructus eiusdem rationis cum proprietate esse apparet. Nam, vt supra dictum est, cum ab initio nascentis Ecclesiæ omnia, quæ sibi offerebantur in pecunias redacta, in pauperes, & opera pietatis Ecclesia distribuerer, postea; retetuare possessiones melius visum esset, in eosdemmet vsus redditus earum destinauit, in quos proprietas antea erogabatur, vt in *c. videntes, & c. futuram 12. q. 1. & 12. q. 2. per plures canones.* cum verò vsus præsentis temporis ab illo antiquo vsu nimium degenerauit, orta est quæstionis materia, quæ libello nostro de redditibus Ecclesiastis dedit argumentum, cui proprius accedamus, explieemusque propositam à nobis iam ante quæstionem, videlicet,

Vtrum clerici ea, quæ sibi supersunt ex redditibus Ecclesiasticis in pauperes, & alios pios vsus erogare teneantur, ex lege iustitiæ, vel solum ex lege misericordiæ, vel charitatis, & quando has leges, vel earum alterã transgrediantur.

Qua

Qua in re doctorum varietatem diuersasque sententias, [?]quens particula demonstrabit. An autem hoc verbo redditus authores Latini vtantur, siue scribendum duplici vel simplici d. ex Ouidio & Martiali docet *Andr. Tiraquell. in tractat. de retract. consanguinita.* §. 1. *in gloss.* 6. *in princip. Perottus in Cornucopia* duplici d. scribendum censet à verbo reddo, & eodem modo vsurpant *Varro, Terentius, Plinius, & Plautus, Martialis libr. 2. Epigrammate ad Linum.*

Quis mihi reddit ager, quæris, Line, Nomentanus:
Hoc mihi reddit ager: te, Line, non video.

Sed nos hoc integrum Typographis relinquimus, vt arbitrio suo d. vel auferant, vel adiiciant, dummodo in alijs transscribendis bona fide versentur.

DE REDDITIBVS ECCLESIASTICIS,

Pars secunda.

In qua variæ Doctorum enumerantur opiniones, quæ infra in 3. & 4. particulis examinantur.

CAPVT I.

Quæ sit opinio Archidiaconi, & qui eius sententiam probent.

De ista opinione Archid. disputatur infra in 3. parte in princ. cap. 1. 2. 3. 4. & 5. & 4. part. in cap. 1.

SVMMARIVM.

1 *Clerici solum possunt assumere sibi necessaria ex redditibus Ecclesiasticis, secundum opinionem Archidiaconi.*
2 *Non esse constituendam differentiam inter redditus beneficiorum habentium administrationem, & eorum, qua non habent, censet Archidiac.*
3 *Si clericus redditibus Ecclesiasticis abutatur, ad restitutionem tenetur.*
4 *Opinio Archidiaconi est communis.*

IN ista quæstione, vtrum clerici de fructibus, seu redditibus Ecclesiasticis possint liberè disponere tamquam eorum domini, vel potius solum sibi necessaria possint assumere, fuerunt variæ scriptorum sententiæ, quas sigillatim referemus. nam Archidiacon. (qui magnæ est apud nostros autho-
1 ritatis) in ea semper fuit opinione, vt clerici de redditibus Ecclesiasticis, & fructibus beneficiorum solum possint assumere, quæ sibi & his, qui sibi seruiunt, sint necessaria, quòd tales redditus secundum veritatem non proprij, sed communes sint, id est pauperibus erogandi, vel in vtilitatem Ecclesiæ expendendi, si sibi supersunt, qui etiam subiungit. Bene tamen confiteor, quod clerici talium fructuum perceptorum sunt domini, & habent eorum proprietatem quantum; ad fidelem & debitam dispensationem faciendam, &c. Et etiam di-
cit, quòd, si aliter fecerint, furtum faciunt, 2
nullamque esse constituendam differentiam inter simplicem beneficiatum, vel prælatum, seu aliàs habentem administrationem, & esse hæreticum in iure, facere istam distinctionem. ita *Archidiac. in cap. statutum, § assessorem, column. penult. de rescrip. lib. 6.* qui allegat ad hoc *Brixien. 12. quæst. 4. cap. 1.* idem *Archidiac. in princ. 44. distin.*
& in cap. si Episcopus, 12. quæst. 1. vbi apertè dicit, 3
clericum, qui his fructibus aliter vtitur, furtum committere, & sacrilegium, & ad restitutionem teneri, quod refert & sequitur *Alberic. in dictionario suo in verbo clericus,* idem sensit *Innoc. in cap. indecorum, extra. de ætat. & qualitat.* huius sententiæ fuerunt omnes glossæ, quæ beneficiatum vsuarium tantum efficiunt. *gloss. in cap. final. de pecul. clerico. & in cap. quia nos de testament. Bald. in l. 2. C. de episcop. & cleric. & alijs locis per recentiores allegatis,* & cum ista opinione transit *Ioan. Andr. in nouel. in cap. præsenti, de offic. ordinarij libr. 6.* licet in gloss. aliter dixerit, eandem sententiam tenuit Archidiaconi discipulus, *Aluar. Pelag. Hispanus de planctu Ecclesiæ lib. 2. in c. 28.* vbi per sex posteriores columnas defendit istam partem, & dicit. Fateor bene quod durus est iste sermo, & multos scandalizat, nihilominus verus est. Eandem opinionem tenet *Ioann. de Ligna. Clem. gratia de rescript. Anton. de Butr. in cap. final. numer. 17. post med. de caus. possess. & propri.*

vbi

vbi relata opinione Innoc. & Archid. dicit. Concludo igitur sequendo istud, quòd secundum omnes, clericus non habet propriũ vsumfructum, nec proprium vsum in bonis Ecclesiæ, licet aliqui dicant, quòd eis æquipollent, sed tene, quod habet iustantummodo administrandi, tam in distribuendo in necessitatibus suis, quam Ecclesiæ & pauperum. *Abb. Panormit. in c. cum secundum, de praben. in primo not. & in repetit. in cap. cum esses. de testa. num. 21.* qui ibidem latissimè defendit istam partem. *idem Abb. in cap. reprehensibilis. colu. fin. numero* 18. *de appellatio.* qui idem sentit in *cap. 1. de Ecclesiis adificand.* & istam partem de iure dicit veriorem *Imol. in cap. fin. colu. fin. de peculio cleric. & in cap. relatum num. 15. de testam.* hanc opinionem tenet *Anchar. & Domi. in dict. c. præsenti. & Franc. Perusi. in rubr. de testa. lib. 9. num.* 18. sentit *Roma. in consil. 159. col. final. Ancharra. consil. 116. numero* 3. & est opinio magis communiter recepta secundum *Iaso. consil. 75. volu. 2.* quod etiam colligitur ex *Deci.* qui eandem opinionem sequitur *in cap. Episcopus de praben. Bartol. Socin. in consil. 32. num. 2. volum. 1. & Petrus de Vbal. in tracta. de successio. ab intesta. in parte fin. numer. 19. in med. & Stepha. Beltrand. in consil. 258. in 2. parte, & in consil. 21. volum. 3. Barba.* qui satis confusè (vt solet) hoc tractat *in cap. final. de pecul. clericor. & Felin. in cap. postulasti. de rescript. numero 6. Siluest. in summa in verbo clericus 4.*

4 & ista opinio sine controuersia est communis circumscripta consuetudine, de quã infra dicemus, vt patet ex relatis à *D. Didaco de Conarruu.* Reuer. & dignissimo Episcopo Segobiensi, licet ipse istam partem non sequatur in *cap. cum in officiys, numero 3. de testamen.* & istam opinionem defendit *D. Martinus de Azpilcueta Nauarrus*, vir & vitæ innocentia, & eruditione venerandus, *in suo manuali doctissimo confes. in cap. 25. numero 126.* & idem nouissimè in speciali huius argumenti *tractatu de redditibus beneficiorum Ecclesiasticorum in 2. quæst.* qui allegat plures doctores tenentes istam sententiam, tam Theologos, quam canonistas, & inter alios *Ioan. Maior in 4. sententiarum distinctione 24. quæst. 17. column. 7.* dicentem, nullum doctorem, qui ante eum mortuus fuisset, contrariam sententiam tenuisse, & licet ipse *D. Martinus Azpilc.* solum ei opponat Card. Zabarel. sunt tamen plures: qui fuerunt diuersæ sententiæ, vt ex iis, quæ infra dicemus apparebit, imò & *ipse diuus Tho.* qui pro ista parte allegatur in contraria fuit sententia, licet *D. Martinus Nauarr.* Beati Thomæ alioquin obseruantissimus contendat, sanctum doctorem huius semper fuisse mentis, quod etiam *R. P. F. Petrus de Soto* vir pius admodum ordin. sancti Dominici in *libr. de institut. sacerd. 2. parte de vita sacerdot. lectio. 3. titul de bonis. Eccles. & eorum vsu*, qui etiam tenet opinionem Archidi. affirmat subdens hæc verba. primo omnium constat ex decretis totius Ecclesiæ ab Apostolis, & ipso iure diuino bona omnium Ecclesiarum, cum Christi sint, merito etiam pauperum esse, nec vlla ratione, aut potestate humana fieri posse, vt licite in alios vsus quam ecclesiasticos, & pauperum expendi possint, & infrà, & contrarium credimus errorem esse grauissimum saltem contra bonos mores, & iustitiam, & quid ni etiam contra scripturam? Hæc sunt verba & opi. d. patris, qui pro ista parte allegat S. Thomam: cum tamen beatus Thomas aperte contrarium asserat, vt infra ostendemus.

CAP. II.

De opinione S. Thomæ, quæ Archid. opinioni est contraria, licet aliqui censeant idem voluisse D. Thomam. & Archidi.

De ista opin. disputatur latè in 4. parte huius tractatus, c. 1. cum sequent.

SVMMARIVM.

1. *Clericus abutens redditibus beneficiorum non peccat contra legem iustitia, sed eodem modo, quo si abuteretur bonis patrimonialibus.*
2. *Intellectus D. Nauarri ad verba beati Thom.*
3. *Laici peccant, si superflua non erogent pauperibus.*

Secunda fuit opinio, cuius imprimis existimo beatum Thomam esse assertorem, præ- 1
cedenti sententiæ ex diametro contraria, clericos, etiam Episcopos fructus beneficiorum suorum mensæ suæ assignatos, ita proprios efficere, vt de eis eo modo disponere, quo de bonis patrimonialibus possint, & in eorum abusu non contra legem iustitiæ, sed contra legem misericordiæ peccare. Quo fit, vt ad restitutionem male expensorum numquam teneantur, eiusdemque rationis hos redditus esse, eademque lege censeri, qua bona propria secularia iudicantur. istius opinionis existimo fuisse D. Thomam, vt infra latius probabimus, *in 2. 2. q. 185. artic. 7. & in quodlibet. 6. artic. 12.* prout etiam intellexit eum *Caietan.* ad istam sententiam allegantur glossæ, quæ beneficiatos vsufructuarios appellant, *glos. in cap. 3. de probat. & in c. possessiones de rebus Eccl. non alienandis*, & aliæ plures similes, quę allegantur per doctores, sed certe glossæ ad hoc allegari non possunt, quia ad alios effectus clericos vsufructuarios appellant, non vt libere fructus consumere possint, cum eędem glossę eos vsuarios constituant, cũ de potestate disponendi de fructibus agant, imò inter antiquos canonistas nullus fere est, qui hanc opinionem sequatur, ex recentioribus autẽ eam tenet *Aegi. de Bellamera*, vbi latissime tractat istud argumentum, *in c. cum venerabilis de exceptio. numer. 46. & 47.* qui putat huius opinionis fuisse *Henric. in cap. peruenit, extran. de fideiuss. & in cap. 1. de peculio clerico.* magni faciens,

quòd Henricus, qui non fuit prælatus teneat istam opinionem, quæ maximè Prælatis fauet, sed non ita clarè hoc asserit Henricus, potius potest eius sententia trahi ad opinionem Card. Zabar. de qua in sequenti conclusione, licet *idemmet Cardin. Zaba.* (adeo in hac re doctores nostri sibi malè constant) *in c. fin. de pecul. cleric.* teneat istam partem, ponit enim hæc verba. Vnde etiam in foro conscientiæ videtur tutè posse beneficiatos elargiri de fructibus beneficij, dummodo per hoc non dimittant hospitalitatem, & eleemosynas condecentes, & alia, ad quæ de iure tenentur. quod etiam ibi expressè *Ioan. de Imol. in fi. col.* tenet, istam opinionem sequitur *Card. Turrecre.* ita intelligens *S. Thomam in cano. si priuatum 12. q. 1. & in c. nulli. numero* 8. 12. q. 5. in quibus locis latè tractat istam materiam. istius sententiæ fuit *Adria. in 4. sententiarum in materia de restitutio. q.* 15. & nouissimè *R. P. frater Domin. de Soto* alius ab illo R. Petro de Soto, quem pio contraria opin. supra allegauimus, licet vterque de Soto appelletur, & vterque doctus ac pius, qui ordinis fuerunt S. Dominici, sed ille appellatur Petrus, hic autem Dominicus, qui istam partē doctissimè defendit *in lib. 10. de Iust. & iur. q. 4. art. 3.* vbi tenet post diuisionem factam, de qua *in cano. vobis, & in cano. quatuor. & in cano. de redditibus 12. q. 1.* fructus illius partis, quæ clerico contingit, & eadem ratione post erectionem beneficiorum fructus eorum ita liberè sibi cedere, vt possit de eis sicut de bonis proprij patrimonij disponere. & istam sententiam videtur sequi *R. Episc. Segobien. in d. c. cum in officijs. num. 3. de testam.* licet eius verba inclinare videantur in opinionem Card. quam in sequenti opinione ponemus: sed ex allegatis per ipsum magis colligitur, secutum fuisse istam partem, quam ipse D. Episcopus comprobat etiam consuetudine. & huius opinionis videtur etiā fuisse *Præpositus Alexan. in cano. pro. 44. dist.* qui sequēdo Card. Turrecre. ibidem ita intelligit S. Th. & quod hæc sit opinio S. Thom. licet D. Marti. Nauarr. eum allegauerit in contrarium, patet, quia in *d. art. 7. versi. de his autem* expressè vult, quòd Episcopus in parte sibi assignata distribuenda non magis peccet, quàm in proprij patrimonij erogatione, in cuius erogatione antea dixerat, possunt peccare in earum rerum dispensatione, vel propter inordinationem affectus, per quam contingit, vel quod sibi plura conferant, quàm oportet, vel alijs etiam non subueniant, secundùm quod requirit debitum charitatis. & ita apparet, beatum Thom. velle, quòd non magis peccetur in distributione partis Episcopo vel clerico assignatæ mensæ suæ, vel suo beneficio, quàm peccaretur in dispensatione bonorum patrimonialium. ita enim dicit loquens de Episcopo in *versic. de his.* De his autem, quæ sunt specialiter suo vsui deputata, videtur esse eadem ratio, quæ est de proprijs bonis, vt scilicet propter immoderatum affectum, & vsum peccet quidem, si immoderata sibi retineat, & alijs non subueniat, sicut requirit debitum charitatis. Hæc sunt verba beati Thomæ, licet in aliquibus exemplaribus deficiant illa, sicut requirit debitum charitatis, & malè secundum *fratrem Dominicum de Soto. dicto li. 10. de Iustit. & iure. quæst. 4. artic. 2. versic. sexta conclusio,* quinimo secundùm eundem deficiūt verba, quòd ad restitutionem non tenentur, sed tamen *Alberic. de Rosate. in suo dictio. in verbo clericus* 4. qui solet esse verissimus relator, refert S. Thomam sine his verbis. colligitur tamen, quòd est de intentione S. Doctoris, vt non solum ad restitutionem non teneatur clericus, verum nec peccet ex natura rei, etiam si non in vsus pios fructus partis sibi assignatæ, sed vt libuerit distribuat. Primò quia dicit idem esse iudicādum, quod de proprijs bonis iudicatur: in proprijs autem bonis ex natura rei non peccat non dando pauperibus, ergo nec in istis, si ergo nō peccat, nec restituere tenetur, item sicut excedendo in vsu suarum rerum, ita excedendo in vsu istius partis peccat contra debitum charitatis, non contra legem iustitiæ, ergo ad restitutionem non tenetur, nec placet intellectus, quem ad verba dicti beati Thomæ ponit doctor Nauarrus, scilicet quòd diuus Thom. velit Episcopum posse disponere de his quæ sibi deputata sunt, perinde ac de patrimonialibus, intelligendo sibi eam partem deputatam esse, quæ boni viri arbitrio sustentationi eius sit necessaria, quia hæc intelligentia nullo modo potest defendi, quia esset contra alia dicta *S. Thoma in eodem loco,* nam vt *ipsemet dict. Martinus* notat benè, tria colliguntur ex diuo Thoma, primum quòd Episcopus potest disponere de his, quæ sibi deputata sunt, perinde ac de patrimonialibus, quæ doctrina est, de qua est controuersia. Quia D. Martinus intelligit de his, quæ sunt sibi deputata pro quantitate victus, & vestitus, & suæ sustentationis, secundum vero aliam intelligentiam de omnibus, quæ sunt suæ mensæ, & fructibus sui beneficij, quia hæc omnia sunt deputata sibi. Secundum, quod colligitur est, quòd prælatus restituere teneretur, id quod impendit ex ea parte, quæ deputata est principaliter pauperibus, & fabricis. Tertium, quòd etiam teneretur ad restituendum quantitatem notabilem, vltra ea, quæ sibi decenter alendo sufficerent, si bona sint communia, & indiuisa illi, pauperibus, & fabricæ. ex ista doctrina relata verbis ipsiusmet domini Martini Azpilc. colligitur clarè, quòd eius intelligentia ad primum dictum beati Thomæ non potest sustineri, quia inter primum, & tertium casum domini doctoris Martini nulla est differentia, quia sicut in vltimo casu, cum res sunt in communi, Episcopus accipiens vltra necessaria suæ sustentationi in quantitate notabili, peccat, & tenetur restituere, ita in primo casu secundùm dominum Martinum, quando pars Episcopi est diuisa

Contra D. Martinum Nauarr.

uisa à parte pauperum, & fabricæ, & tamen beatus Thomas vult constituere differentiam, an bona sint diuisa, vel partes sint factæ, vel non, ergo intelligentia domini Martini non est veta.

Quod autem velit D. Thom. constituere differentiam inter bona distincta inter Episcopum, & pauperes, & fabricam, & inter communia inter eos, patet. Dicit enim per hæc verba, si ergo distincta sint bona, quæ debent in vsum Episcopi cedere, ab alijs, quæ sunt pauperibus, & ministris, & cultui Ecclesiæ eroganda, & aliquid sibi retinuerit Episcopus de his quæ sunt pauperibus eroganda, aut etiam in vsum ministrorum, aut in cultum diuinum expendenda, non est dubium, quòd contra fidem dispensationis agit, & mortaliter peccat, & ad restitutionem tenetur. De his autem, quæ sunt specialiter suo vsui deputata, videtur esse eadem ratio, quæ est de propriis bonis, vt scilicet propter immoderatum affectum, & vsum peccet quidem, si immoderata sibi retineat, & alijs non subueniat, sicut requirit debitum charitatis, si vero non sint dicta bona distincta, eorum distributio fidei eius committitur, & si quidem in modico deficiat, vel superabundet, potest hoc fieri absque bonæ fidei detrimento, quia non potest homo in talibus punctualiter accipere illud, quod fieri oportet, si vero sit multus excessus, non potest latere: vnde videtur bonæ fidei repugnare, & ideo non est absque peccato mortali. hæc sunt verba beati Thomæ, ex quibus colligitur dicta differentia, præterea dicta distinctio, & assignatio præbendæ vel beneficijs, vel mensæ nihil operatur, si eius non esset habenda ratio, sed postea deberet fieri alia distinctio, & subdiuisio, quoad iustitiam, & restirotionem, nec posset sine peccato iniustitiæ vagare inter primam deputatiooem, & istam. Item ex diuo Thoma videtur ex assignatione poni certitudo, quæ certitudo non posset considerari, nec referri ad certitudinem, quæ sit boni viri arbitrio. hoc enim non potest esse punctualiter, vt dicit S. Thomas: ergo primo dicto non de ista assignatione, sed de ea, quæ omnino certa est, loquitur, quæ facta est distinguendo mensam Episcopi, vel clerici ab alijs, prætetea ista secūda subdiuisio, seu assignatio certa nunquam facta est Episcopo: ergo primum dictum beati Thomæ intelligitur de illa diuisione, seu assignatione certa, quæ reperitur facta in omnibus episcopatibus, & beneficijs per eorum erectionem, non de illa, quæ incerta est, & boni viri arbitrio relinquitur, quæ punctualis esse non potest. Item quod diuus Thomas non loquatur de parte necessaria ad sustentationem, apparet, quia dicit quod peccat, si immoderata sibi retineat, ergo non loquitur de parte sibi necessaria, quia nullus dicet eam sibi immoderatè retinere, sed loquitur de eo, quod superest ab vsu necessario, vel quæ vsum necessarium superat, quam bonis patrimonialibus comparat, in quibus liberat à lege iustitiæ. Præterea diuus Thomas vult, quod Episcopus in portione sua liberè possit vagari sine peccato, eodem modo, quo posset in bonis patrimonialibus, vt expressè dicit. Potest enim donare, eodem modo, quo bona propria sine peccato. hæc autem facultas non potest cadere in illa portione, quæ sibi est necessaria pro victu, & vestitu, in ea enim semper peccaret sibi detrahendo, vt donaret alijs, nisi donatio fieret ad solam necessitatem sublenandam, & ad hoc ipse fraudaret genium suum, ergo primum dictum beati Thomæ, quod dat liberam vagandi facultatem in portione sibi assignata, non intelligitur de portione ad victum, & vestitum necessaria. Et quod in ista subalterna portione ita vagando semper peccat, clarissimè ostendit hoc *beatus Thomas in versic. ad secundum.* inquit enim his verbis. Et ideo si de eo quod vsui Episcopi, vel alicuius clerici est deputatum, velit aliquis sibi subtrahere, & consanguineis, vel alijs dare, non peccat, dummodo illud faciat moderatè, id est, vt non indigeant, non autem, vt ditiores inde fiant. nec potest colligi ex his beati Thomæ verbis, quod hic expressè velit tantum posse dare, & donare consanguineis, & alijs ad necessitatem, & non ad diuitias ex parte sibi assignata, & ita velit, quod in ea non habeat liberam potestatem, tamquam in re aliena, quia verum est quod alias peccaret in abusu, vt dictum est, sed non ex natura rei, & peccatum proueniret, non à læsa iustitiæ lege, sed misericordiæ. Item quia peccaret in lege charitatis adimendo sibi necessaria, vt dicit *idem sanctus Thomas 2. 2. q. 120. art. 3. ad primum*, & ita sanctus Thom. non tollit distinctionem iam firmatam, qui potest clarius intelligi, quia ibidem respondet ad secundum argumentum, in quo dixerat, quòd bona Ecclesiæ sunt pauperum, ergo ex eis clerici nihil possunt accipere, & ita procedit argumentum, siue bona sint diuisa, siue non: quia argumenti vis est hæc, si est diuisio facta, non debuit fieri de re, quæ est pauperum, & sicut indiuisa eadem ratione debent expendi in vsus pauperum, ad hoc respondet negando, quod solis pauperibus sint destinata, sed & in alios vsus, vt dictum erat per ipsum supra, in ministrorum scilicet alimenta, ideo non est contra naturam bonorum, vt clericis fiat assignatio, vel si non est facta diuisio, vt ex eis se alere possint, & responsio sancti Thomæ cadit, siue portio sit dimissa, siue non, quia responsio est generalis, & argumentum erat generaliter conceptum, & ita hoc non lædit distinctionem iam firmatam: & quod dicit peccare, si immoderata sibi retineant, verum est lege iustitiæ, si id fiat re non diuisa, vel abusu, & sic in lege charitatis tantum, si id fit in re diuisa, & portione sibi assignata, quæ censetur eadem lege qua bona patrimonialia, quia & in patrimoniali-

monialibus non solum clerici peccant, verum etiam laici, si non erogent sua pauperibus, vel propter periculum necessitatis, vel superfluitatem habitorum, vt dicit *D. Thom. 2. 2. quæst.* 118. *art.* 4. *ad secundum*, & ibidem expressè *Caietan.* ponit hæc verba: Nam iuxta sanctorum doctrinam diuitiæ superfluæ non sunt diuiti, nisi vt dispensatori concessæ, adeò vt habeat meritum bonæ dispensationis. ex hoc infertur, quòd qui superflua conseruat, vel largitur non indigenti, sed diuiti, mortaliter peccat, quod probatur ex *D. Thoma in hac quæst.* 185. *artic.* 7. *versic. respondeo.* sed de his specialiter infra disseremus, quia est res non leuis momenti, sed in qua maximum animarum periculum versatur, & nota prædicta circa doctrinam beati Thomæ, quia verba ipsius à domino Martino Nauarro aliter capiuntur, sed ex supradictis videtur mihi necessario ostendi mentem B. Thom. eo sensu, quo *Cardin. Turrecrem. & Frater Domin. de Soto supra citati*, accipiunt, esse intelligendã, quòd si aliqua ambiguitas possit adhuc prætendi in verbis *sancti Thom. dict. quæst.* 185. tamen in *quodlib.* 6. *quæst.* 8. *art.* 12. ita clare loquitur, vt nulla possit remanere difficultas, ita enim inquit, Aliter ergo dicendum est de illis ecclesiasticis bonis, quæ principaliter sunt attribuenda necessitatibus pauperum, & consequenter necessitatibus ministrorum, sicut sunt bona hospitalium, & aliorum huiusmodi. & aliter de illis bonis, quæ sunt principaliter attributa vsibus ministrorum, sicut sunt præbendæ clericorum, & alia huiusmodi. nam in primis bonis peccatum committitur, non solum ex abusu, sed etiam ex ipsa rerum conditione, dum aliquis in suos vsus assumit, quod est alterius, & ideò tenetur ad restitutionem, tamquam defraudator rei alienæ. In secundis verò bonis non committitur peccatum, nisi per abusum, sicut & de bonis patrimonialibus dictum est. Vnde non tenetur quis ad restitutionem, sed solum ad pœnitentiam peragendam. Hæc sunt verba B. Thom. qui aperte vult fructus beneficiorum, & fructus bonorum patrimonialium eadem lege censeri, scilicet, quoad dominium, & legem iustitiæ, sed ex alio capite propter abusum strictius lege charitatis clerici, quam laici tenentur, vt infra latius ostendemus, tam ratione personæ, quam ex qualitate rerum: nec supradictæ intelligentiæ potest in contrarium allegari *S. Thom. 2. 2. quæst.* 43. *artic.* 8. vbi dicit, quod quemadmodum bona ciuitatum commendata sunt præsulibus, & decurionibus earum, ita bona ecclesiastica sunt commissa prælatis earum, quia S. Thomas non loquitur de parte assignata mensæ prælatorum, sed de aliis bonis ecclesiæ, quia omnia bona ecclesiarum sunt in administratione episcoporum, vt in *c. quisquis episcopus, & in c. præcipimus,* 12. *q.* 2. *& in c. videtes.* 11. *q.* 1. si enim aliter intelligerentur dicta verba S. Thomæ, ineptissima esset comparatio, cum præsules, & decuriones non sustententur bonis ciuitatum, nec mensam habeant in dictis bonis, licet aliquando sibi assignetur aliquod salarium, quod si decurionum mensæ, vel alimentis assignati essent fructus certorum bonorum, non negabit S. Thomas, quod de his fructibus decuriones possent tunc libere, & arbitrio suo disponere. Ideò ex dicto loco sancti Thomæ magis confirmatur prædicta intelligentia, adeò vt mirandum sit *Dom. Martinum Nauarrum in dicto tractat. 2. quæst.* 10. *&* 13. istum locum S. Thom. in suam sententiam allegasse, præsertim cum ibi loquatur S. Thomas de defensione bonorum ab iniuria, quæ infertur, non de eorum vsu, vel consumptione fructuum, dictorum bonorum, quia nec de hoc ibi tractat, nec faceret ad propositam ab eo quæstionem, & ita istius secundæ opinionis habemus authorem S. Thom. cuius authoritas merito est tanta, vt operæpretium fuerit in mente eius enucleanda maximè laborasse. Nec me mouerit ad contrariam intelligentiam S. Thom. quod, vt dicit *D. Martinus Nauarrus* ipse S. Thom. versatus est in Italia, & Francia, vbi episcopatus non sunt ita pingues, vt in Hispania, vt dicit *Dom. Martinus dicta q. 2. numer.* 13. quia S. Thom. in hac quæstione præsupponit, quod supersit Episcopo ex sibi necessariis, ita vt illud, quod superest, sit in materia restitutionis, & peccati considerabile, alioquin eius distinctio in multis redderetur superuacua, quo casu non differt id sit maximæ quantitatis, vel non. nam quæ differunt secundum plus & minus, non differunt in substantia. vt in *l. fin. ff. de fund. instr. & in l. Marcellus, in princ.* vbi *Socin. ff. ad Trebellianum, Bart. in l. 22. lectur. 2. colum. C. de acti. & oblig.* magis tamen videtur vrgere pro Dom. Martino Nauar. quod *idem S. Thom. 2. 2. q.* 119. *art.* 3. ad primum loquendo de auaro, qui retinet propria, & de prodigo, qui dissipat, ponit hæc verba. Et præcipuè hoc apparet in clericis, qui sunt dispensatores bonorum ecclesiæ, quæ sunt pauperum, quos defraudant prodigè expendendo, & tamen tempore S. Thom. erant beneficia erecta, & bona mensæ eorum separata, ita vt necessario hoc vitium intelligatur apparere in fructibus clericis assignatis, nec loquitur de clericis regularibus, quia in his non poterat ita apparere: & esset diuinare hoc ad eos tantum referre, sed dico quod sanctus Thomas non exponit ibidem, quomodo peccent, an ex natura rei, vel ex abusu, vt in *dict. q.* 185. declarat, & quod dicit, quod sunt pauperum *dict. q.* 119. ipse ibidem non principaliter id declarat, ideò ex illa quæst. 185. in qua ex professo hoc tractat, est sumenda est doctrina, & ex dicta quæstione quodlibet. in quibus locis ponit sententiam suam distinguendo omnes casus, & ita clarè colligitur eius doctrina, non per argumentum, ideò omnes alii loci sancti Thomæ debent interpretari secundùm istam dictionem.

C A P.

CAP. III.

De opinione Cardinalis Zabarel. & in quo differat à S. Thom. opinione, de ista opinione videbitur infra 4. parte, cap. 1. num. 18.

SVMMARIVM.

1 *In quo differat opinio Cardinalis Zabarel. ab opinione S. Thom.*

2 *Proprium quomodo accipiatur.*

TErtia fuit opinio *Cardinalis Zabarella in clement. quia contingit, 2. quæst. de religiosis domibus, & in clementin. gratia. de rescript. penult. colum. & cap. final. extrauag. de pecul. clerico.* beneficiatum tamquam, cui administratio sui beneficii libera sit permissa, in quoscumque vsusfructus conuertat, ad restitutionem non teneri, nec ab eo data, vel donata reuocari. peccare tamen eum, & corrigi posse, si male dispenset. Ista opinio licet videatur esse eadem cum opinione
1 præcedenti S. Thom. cum & *B. Thom. & alii,* de quibus in præcedenti opinione, teneant, beneficiatos peccare, si propter immoderatum vsum, vel affectum plus sibi assumant, quàm oporteat, vel profundant, tamen hæc inter se maxime distant: Beatus enim Thomas ex natura rerum ipsarum, non ad plus eos obligat, quàm in dispensatione rerum sui proprii patrimonii, in qua etiam peccatur per abusum, sed *Cardin. Zabar.* non ita eos dominos efficit, sed administratorum nomine retento, eis liberam dispensationem concedit, non tamen eos
2 dominos, vt proprii patrimonii constituit: ponit enim hæc verba *in dict. clement. gratia.* Aduertendum, quòd aliquid potest dici propriũ alicuius quoad hoc, vt libere possit disponere, nec possit puniri exinde, & hoc modo proprium est, quod est meum de iure gentium, vel de iure ciuili, adeo quòd possum libere disponere, vt in rebus patrimonialibus, vel quæsitis ex titulis licitis, alio modo & minus strictè potest dici proprium id, de quo quis habet liberam dispensationem, ita quòd licet, si malè dispenset, posset inde corrigi & puniri, tamen dispensatio non reuocabitur. sic dico redditus beneficiorum esse institutorum in eis, quia si clericus fructus alienat, vel donat etiam sine causa rationabili, tenet alienatio, nec potest reuocari, sed ipse poterit corrigi, & puniri, & ex hoc sibi interdici administratio, tanquam fieret dilapidatori. Et ad hunc effectum vadunt iura, quæ dicunt clericum debere contentum esse victu, id est si vult non illicitè agere. Hæc sunt verba Cardin. & eius opinio, quæ licet concordet cum opinione beati Thom. in quantum à restitutione liberat beneficiatum etiam abutentem fructibus beneficii quoad peccatum, tamen differunt, cum illa opinio diui Thom. maiorem potestatem ratione dominii concedat, quam hæc quæ dominium non concedit, eo modo, quo alii domini sunt iure ciuili, vel gentium, licet verum sit quod ipse Cardin. quodammodo sibi ipsi contradicere videatur, cum prius beneficiatos dominos fructuum appellet, & vt in præcedenti opinione retulimus, etiam eis ius donandi salua conscientia permittat. & in *dict. Clement. quia contingit, 1. opposit. num.* 8. eos vsurarios expressè constituat. cùm tamen in *dict. cap final.* ad quod se refert, nec vsurariis, nec vsufructuariis dicat esse comparandos. Istius opinionis Cardinalis forsan fuit, *Reuerend. Episcopus Segobiens. dict. loco,* cuius verba videntur ambigua, vt diximus in præcedenti opinione, & ad hanc etiam opinionem videntur posse trahi verba *Imol. cap. final. de pecul. clerico.* & hoc videtur sequi *Præpos. Alex. in dict. cap. 1. 44. distinct.* cuius verba etiam possunt trahi ad præcedentem opinionem: nihilominus tamen verum erit, istas opiniones inter se differre, nec eiusdem esse rationis, vt ad sensum patet, cum alterum iure dominii, alterum iure administrationis concedatur, alterum alienationem facere permittat, etiam in vsus non pios sine peccato, si non detur excessus, alterum verò, ex mala administratione peccatum inferat, licet prædicti doctores confundere hæc videantur.

CAP. IV.

De opinione Hostiensis, de qua disputatur in 4. part. cap. 1. numer. 15. cum sequenti.

SVMMARIVM.

1. *Distinctio inter fructus beneficiorum habentium, & non habentium administrationem.*

2. *Opinio Hostiensis circumscripta consuetudine communiter reprobatur.*

QVarta fuit opinio *Hostiensis in cap. final. de pecul. clericor. colum. 1. & 2. & in ca. cum in officiis, & in cap. relatum secundo, in § seu. versic. nonne autem de testament.* vbi distinguit inter beneficiatum, qui habet beneficium cum admini- 2
strastione, & inter eum, qui habet beneficium simplex, vt primus qui administrationem habet, dum viuit, quia vsufructuarius sit, qui & donare possit, moderatè tamen, vt ibidem dicit, & in *summa tit. de donat. §. & quid. & titul. de pœnit. & remiss. §. quibus, & qualiter, vers. qui de Prælat.* sed non possit in morte disponere, qui verò nullam administrationem habet, possit de fructibus, & in vita, & in morte disponere & dicit, quod hoc seruat quasi generalis consuetudo. Istam opinionem videtur sequi gloss. *Ioann. Andr. in capit. præsenti de officio ordin. in 6.* sed cum ista opinione Hostiensis, si circumscribas consuetudinem, de qua in sequenti

opinione agemus, pauci, vel fortè nullus hoc ex proposito agens transit, licet inconsultò *Alexand.* qui alias solet esse diligens relator, in *l. diuortio. in num. 5. ff solut. matrim.* dicat communiter approbari opinionem *Hostiens.* imò quod peius est ibi Alexand. refert opinionem Hostiensis distinguendo aliter, quàm distinguat Hostiensis, vt id, quod Hostiensis tribuit beneficiato non habenti administrationem, ipse habenti administrationem tribuat, & per contrarium, & in vtroque errat Alexand. quia nec Hostiens. dicit id, ad quod eum ipse allegat (sed fortè fuit error scribentis) nec eius opinio est communiter per doctores approbata, licet etiam *gloss. prag. sanct. Galli. titul. de annat. §. item quod si in Ecclesia, in verb. acquisitos*, dicit communem opinionem, cum verius sit, eam opinionem communiter reprobari de iure, vt ex doctoribus allegatis in prima opinione apparet, qui probant opinionem Archidiaconi, & Innocentij, Archidiaconi inquam expresse
2 reprobantis Hostiensis opinionem, licet *Ioann. de Platea in l. 1. de anno. ciui. lib. 11.* videatur cum eo transire, *& Bellam. in cap. cum venerabilis, num. 46.* dicat, quòd quoad beneficia simplicia communiter moderni teneant opinionem Hosti. tamen nullus fere est, qui dictam distinctionem de iure admittat, sed de consuetudine, & *Bald. consil. 313. volum. 2.* qui dicit, recurrendum ad *gloss. in dict. c. præsenti*, non declarat, an de iure, vel de consuetudine, quia vtrumque ponit gloss. & ita etiam potest intelligi decisio *Rotæ 41. de probation. in antiqui. incipien. cum camera Apostolica, & decis. 1. de solut.* quæ etiam potuerunt consuetudinis habuisse rationem, facit etiam *decis. 1. de translat. Episcop. in antiqu.* quæ se remittit ad *dict. gloss.* & dicit, quod idem est dicendũ de prælato translato de vna Ecclesia ad aliam, vel assumpto, respectu fructuum prioris episcopatus, vel beneficij, quòd de mortuo, de quo text. vbi *Aegid. de Bellam. in cap. si quis iam translatus, 21. quæst. 2. Zabarel. dict. consil. 110.* & ita translatus numquam lucrabitur fructus, nisi in illis casibus, in quibus, si moreretur transmitteret eos ad hæredes secundum diuersas opiniones, secundum opinionem Hostiens. si sint fructus beneficiorum non habentium administrationem, & sint percepti, & reconditi, non aliàs exemplo vsufructuarij secundum gloss. *dict. cap. præsenti*, de cuius veritate dicetur infra, 4. parte.

CAP. V.

Quæ fuerit Caietani opinio, & in quo differat à præcedentibus opinionibus.

QVinta opinio fuit *Caietan. in dict. quæstion. 185. artic. 7.* qui vult loquendo de Episcopo, quòd cum pars pauperum, & fabricæ non reperiatur, quæ fuit in diuisione assignata, vt in *cap. mos est, & in cap. de redditibus, 12. q. 2.* vbi ex bonis Ecclesiasticis fiunt quatuor partes, vna, vt ex eius fructibus Episcopus sustentetur, & peregrinos recipiat, secunda pro clericis, tertia pro pauperibus, quarta pro fabrica Ecclesiæ, de quo suprà mentionem fecimus, & infrà latius differetur, si fructus Episcopales sint pinguiores, & notabiliter abundantes ita, vt sapientis animo cadere non possit, quòd sint Episcopo assignati pro sola ipsius Episcopi, & eius familiæ sustentatione: saltem Episcopus duas quartas teneatur distribuere iuxta dictos canones, & quod aliter faciens ad restitutionem sit obligatus, quia, cum ita abundantes redditus sibi conferuntur, vt patri pauperum collati videntur, hac diuisione non grauat Caietan. cæteros clericos, præter Episcopos, vel quòd illis simpliciter pro sua sustentatione sunt assignati, sicut, & pars pauperibus est assignata simpliciter, sed Episcopo vt patri pauperum. hæc opinio differt ab opinionibus supra recitatis, vt dicit *R. Frater Dominic. de Soto, in dict. quæstion. 4. artícul. 3.* primo differt ab opinione Archidiaconi circa clericos, qui non sunt Episcopi, quia eos liberat à restitutione, & in hoc quodammodo accedit ad opinionem Hostiensis, licet ab ea differat: cum Hostiens. æquet omnes beneficiatos habentes administrationem: item differt in alio ab vtraque, quia facit illam subdiuisionem, & ea facta in illa portione remanente, liberare videtur à restitutione, licet postea conturbare videatur illam subdiuisionem: & dicit, quòd licet esset liberatus ab illa diuisione, propterea quod dicta iura essent abrogata, quoad id, quod est iuris positiui, non tamen possunt abrogari quoad id, quod est iuris diuini, hoc est quod sint Episcopi patres pauperum, & templorum suorum reparatores quoad fabricam, & supellectilem, & propterea nulla ratione à fideli distributione pro sustentatione vtrorumque excusantur, quamuis excusentur à quota. hæc ferè sunt verba Caiet. ex quibus apparet, quòd, licet antea mutauerit, tamen quoad Episcopos est in opinione Archidiaconi, licet generaliter *Dominus Martinus Nauarr.* eum pro sua opinione adduxerit *in prædicto loco quæstion. 2. num. 9.* & forsan Caietanus de alijs clericis non expressit, quia non existimabat ita pingues esse præbendas, seu beneficia, sicut nunc esse reperiuntur, sed non adeò remotus, à nostra ætate fuit Caietanus, vt hæc interpretatio admitti possit.

CAP.

CAPVT VI.

De opinione eorum, qui ex consuetudine admittendam opinionem Hostiensis censuerunt, de qua consuetudine disputatur in 4. parte, in cap. 1. num. 8. cum sequentibus.

SVMMARIVM.

1. *Consuetudo Hispaniæ disponendi de fructibus Ecclesiasticis.*
2. *Consuetudo Galliarum.*
3 *Consuetudo tolerata sciente, & patiente Papa.*
4. *Durum esse fateri, tot insignes prælatos sequentes consuetudinem, esse in statu damnationis.*

SExta opinio fuit supradictorum Hostiensis, & Ioan. And. quod consuetudine generali, illa distinctio admittatur, vt *Henr. & alij* tenent *in cap. fin. de peculio clerico. Calderinus consilio secundo titulo de pecul. cleric. colum. fina. Anchar. Domin. & alij dicto cap. præsenti, & Bercachinus de Episcop. lib. 4. quarta parte, num. 3. &* 18. quia in re sunt variæ consuetudines, nam in Hispania est generalis consuetudo, quod omnes clerici seculares liberè de fructibus suis disponant, tam in vim contractuum, quàm in vltimis voluntatibus, quinimo ab intestato habent in eis successo-
1 res, nisi sint Episcopi, qui per viam vltimæ voluntatis non disponunt: cuius consuetudinis, & *R. D. Episcopus Segobien. & R. Dominus Nauarrus*
2 sunt assertores. & in illis Hispaniarum regnis est res notissima, & etiam in Gallia sunt de hoc consuetudines, vt refert *glos. dict. pragmat. sanc. & Aegid. de Bellame. in dict. cap. cum venerabilis 5. q.* ideo opus est in hoc videre vim harum consuetudinum, quia sunt variæ opiniones scriptorum. Nam *Hostien. dict. cap. cum in officijs. §. hoc igitur.* refert opinionem quorundam, qui admittunt, vt possit quis testari rebus emptis de redditibus Ecclesiasticis stante consuetudine, & ipse videtur transire cum hoc, quòd sit attendenda consuetudo, quod etiam admittit *Ioan. Andr. in regul. nemo, plus de regul. iur. in mercurial. Fab.* etiam *§. si vero. de rerum diuisio.* vult consuetudinem attendendam. *Henric. etiam in cap. relatum 2. de testamen. & Ioan. de Fant. relatus à Dominic. dicto cap. præsenti* dicunt esse consuetu-
3 dinem toleratam sciente Papa, & *gloss. pragmat. sanctio. Gall.* dicit in hoc consuetudinem à peccato excusare & *Petrus de Vbal.* admittit dictam consuetudinem *in tractat. de succession. ab intestato in fin. tractat.* cum pluribus allegatis à *R. D. Episcopo Couarruu. dicto cap. cum in officijs de testamenc. numero 8. in medio.* & etiam *AEgid. de Bellamer. dict. cap. cum venerabilis, numero 47. quæst. 5. & Prepos. d. princip. 44. distin. Card.* etiam *Turrecrema. in cap. nulli, in numero 11. & 12. quæst. 5. & D. Episcopus Segobien. supra allegat.* probare videtur hanc consuetudinem, & dicit *AEgid. dict. cap. cum venerabilis, numero 46.* quod durum videretur, vt facerentur tot insignes prælatos disponentes de redditibus suorum beneficiorum esse in statu damnationis. 4

CAPVT VII.

In quo ponitur opinio eorum, qui consuetudinem non excusare clericos affirmant, & qui sint, qui eam sequantur. hæc opin. reprobatur in 4. parte, cap. 1. numero 8. cum sequentibus.

SVMMARIVM.

1. *Consuetudo in modicis rebus admitti potest.*
2. *Qui sunt, qui istam sequantur opinionem.*
3. *Intellectus cap. ad hæc de testament.*

SEptima est opinio, consuetudinem talem nullo modo excusare tamquam prauam, 1 & iniquam, nisi circa moderatum modum disponendi versetur, vt in paruis rebus, ita vt non multum lædatur Ecclesia, vt dicit *Dominic. & Anchar. dict. cap. præsenti,* prout defendit *Abb. Panormita. dict. cap. cum in officijs. num. 5. de testament.* qui idem sentit *cap. 1. de Eccles. ædific.* & plures refert *R. Episcopus Couarruu. in eodem cap. cum in officijs, numero 9.* qui dicunt istam opinionem esse communem, & ei assentire omnes tam in *cap. 1. de testamen.* quàm in *cap. relatum. 2. eod. titul. & in cap. fina. de peculio clerico.* qui doctores hoc probant ex textu *in dicto capitulo relatum,* in quo dicitur, quòd non est improbanda consuetudo, vt de his pauperibus, & religiosis locis, & illis qui viuenti seruierant, siue consanguinei sint, siue alij, aliqua iuxta seruitiorum meritum conferantur.] in quo maximè aduertendum est, quia non videtur posse dici, quod omnes doctores dictam conclusionem teneant. Nam imprimis *Innocent. dicto cap. relatum 2.* nullum verbum facit de ista con- 2 suetudine, de qua nunc agimus, licet de alia loquatur, quæ nihil facit ad propositam quæstionem: Hostiensis autem super verbo morientis: approbat potius consuetudinem, quam dicit existere secundum suam distinctionem. Et ita potius poterit pro contraria parte allegari. *Ioannes Andreas* etiam idem asserit tam ibi, *quàm in glossa in dicto cap. præsenti,* & ita potius pro contraria potest allegari, qui alibi, vt dictum est in præcedenti opinione, id apertè asserit, & defendit *Antoni. de Butr. in dict. cap. relatum,* quatenus loquitur de consuetudine numero 13. potuit allegari pro contraria parte, cum sequatur *Ioan. Andr. in mercurialibus supra allegatum,* ad quem etiam se remittit *Ioann. de Imol.* Henric. vero expresè admittit consuetudinem ibi: & ita, si rectè considerentur scribentes, *dict. cap. relatum 2.* non potuerunt

omnes pro ista opinione allegari. Nec obstat
5 quòd *Ioan. Andr. & Anton. de Butrio in cap. ad hæc de testament.* expressè reprobare videantur consuetudinem, quòd clerici possint dare mobilia omnia consanguineis in testamento, & quod solum valeat dicta consuetudo, & per eam teneat dispositio, si modica donet clericus, quia præfati doctores non loquuntur de ista consuetudine, de qua supra diximus, quando de fructibus beneficij testantur, sed quando velint donare de mobilibus Ecclesiæ, quæ sunt proprii Ecclesiæ, & non sunt redditus beneficiorum, prout loquitur text. in *dict. cap. ad hæc.* & ita expressè hoc interpretatur *Cardina. Zabarel. in dict. cap. final. de pecul. clerico.* dicens quòd *dictum cap. ad hæc.* loquitur de bonis mobilibus per Ecclesiam acquisitis, non autem de fructibus, qui non sunt bona acquisita: & ita consuetudo in illis bonis solum operatur, quando in paruis mobilibus Ecclesiæ proprijs fieret dispositio, non autem si multum læderetur Ecclesia. argumento in *cap. terrulas 12. quæst. 2.* & licet *Imol. in dict. cap. ad hæc* videtur magis sentire, id etiam procedere in fructibus, tamen *idem Imol.* expressè *in dict. cap. fina. colu. fin. de pecul. clerico.* approbat consuetudinem adeò, vt dicat, cum bona conscientia posse clericos de fructibus suorum beneficiorum disponere. ex quibus colliges, dubium esse, quæ sit communis opinio in hac re, cum varient doctores sæpissimè in ista materia adeò, vt in vno eodemque loco videantur longè diuersa approbare.

CAPVT VIII.

In quo ponuntur variæ doctorum sententiæ, quæ sunt declarationes dictarum opinionum, seu moderationes.

SVMMARIVM.

1. *Consuetudo disponendi de fructibus Ecclesiasticis, habet locum inter viuos, non in vltima voluntate.*
2. *Consuetudo operatur solum, vt possint clerici disponere ad pios vsus, non aliàs.*
3. *Etiam ex indulto sedis Apostolicæ non posse clericos disponere de redditibus Ecclesiasticis.*
4. *Indultum solum operari, vt possint clerici ad pias causas testari, non alias.*
5. *Quod valeat dictum indultum indistinctè, principem tamen concedentem peccare.*
6. *Quòd clericus constitutus in infirmitate, non possit ad pias etiam causas disponere.*
7. *Contraria opinio D. Doctoris Nauar. præcedenti opinioni.*
8. *Ponuntur declarationes, & diuersæ opiniones in q supradicta, & nu 9. & 10.*
11. *De acquisitis ex quotidianis distributionibus, clericus liberè potest disponere, & in vita, & in morte.*
12. *Ponitur contraria opinio præcedenti.*
13. *De acquisitis ex pensionibus Ecclesiasticis, clericus liberè disponit in vita, & in morte.*
14. *Contraria opinio, quòd non differant pensiones ab alijs Ecclesiasticis redditibus.*
15. *Opinio quod de illa portione, quæ est necessaria pro sustentatione, clericus possit liberè disponere.*
16. *Contraria opinio præcedenti opinioni.*
17. *Quæ ex titulo lucratiuo recipiuntur à clericis, extra pietatis causam, tenentur ad restitutionem.*
18. *Commendatores ordinum, quos vocant, arctiori quàm clerici obligatione ligantur, secundùm opinionem Nauarri, sed hoc reprobatur infrà.*
19. *Decimas possidentes siue sint Principes, siue alij seculares eadem obligatione, qua clerici obligantur, imò, si opinio Archidiaconi vera est, non possunt ab eis possideri.*
20. *Clerici, qui nunc vsuarij, nunc vsufructuarij appellantur, numquam nomen Domini sortiuntur, secundùm doctorum sententiam, sed in hoc ponitur noua opinio.*
21. *Quod de decimis in præcedenti opinione dictum est, & in pensionibus, quas laici possident, locum habet.*
22. *Concilium Tridentinum secundùm D. Martinum Nauarr. approbat opinionem Archidiaconi.*
23. *Imò Concilium Tridentinum nihil quoad legem iustitiæ disponit.*

OCtaua est opinio, quòd consuetudo supra dicta solum recepta sit, vt in vita 1
prædicti disponere possint, in morte vero, seu per vltimam voluntatem, nec iure, nec consuetudine possint, vt dicit *Card. in dict. c. fi. de pecul. clerico 4. colum.* vbi ponit hæc verba. sed communiter receptum est, quòd non testentur. & ad hoc quòd non possint in morte disponere, possunt allegari omnes illi, qui etiam ius disponendi negant in vita, quos in prima opinione adduximus, adeo, vt nec ad pias causas clerici testari possint, vt voluit *Bald. in authen. licentiam. C. de Episcopis & clericis, & D. Marti. Azpilcueta in dict. tracta. quæst. 3. in princi. numero 8. & in suo Manual. confesso. cap. 25. numero 128.* sed hæc quæstio quoad consuetudinem magis facti est, quàm iuris. Nam (vt diximus) in Hispania omnes clerici non regulares testantur, nisi sint Episcopi, & habent etiam successores ab intestato nulla distinctione bonorum facta, quoad Episcopos autem ius commune seruatur, ex quo ostenditur strictiorem obligationem esse in Episcopo, cum vsus, vel consuetudo circa vltimam voluntatem nihil quoad eos immutauerit, nec eos comprehenderit, quod non est alienum ab eo, quod ex Caietan. suprà retulimus.

Nona est opinio, quòd consuetudo solum 2
possit efficere, vt beneficiati de fructibus beneficiorum ad pios vsus in morte disponere possint, vt dicit *D. Marti. Nauarrus in dict. suo Manual. cap. 25. numero 129.* quod iure communi concessum non erat, vt dictum est in præcedenti conclusione, & istam interpretationem recipere consuetudinem, vt de indulto Apostolico, vel facultate testandi paulo post dicemus, vt magis prorogata sit facultas disponendi, quàm mutata natura videatur. argumen. *C. de in offitio. testamen. in l. si quando.*

Decima est opinio, quòd adeo dispositio 3
de his fructibus clericis, Episcopis, vel non Episcopis

Episcnpis sit interdicta, vt nec indultum, seu facultas testandi à summo Pontifice concessa, nisi existente iustissima causa, valere possit, ita tenet *Abb. Panormita. in repetitio. cap. cum esses 5. quæst. nu. 30. cum sequen. extrau. de testament.* quem sequitur *Barbat. in dict. cap. cum in officijs, eod. titu. numero 11.* malè transcribendo dicta Abbatis, licet eum non alleget, qui idem facit *in tracta. de præstan. Cardin. prima parte 4. quæst. Basilic.* vbi tamen nutat in ista difficultate, sed *Franc. Perusi. in rubric. de testamen. lib. 6. num. 59. quæst. 6.* sequitur Abbatis opinionem. faciunt, quæ ipse trad. latissimè *ibid. quæst. 17.* de quo dicemus in quarta parte in cap. 3. num. 4.

4 Vndecima est opinio, indultum seu facultatem testandi prædictam à summo Pontifice, Episcopo, vel clerico concessam, solum efficere, vt ad pias causas testari possint, & in hoc solum valere, quòd tunc magis videatur prorogata facultas, quam clericus in vita habebat, quam mutatus modus disponendi à canonibus statutus. & hæc est opinio *D. Martini Nauar. dict. quæst. 3. num. 17. & in dict. Manuali confessor. cap. 25. num. 129.* Quinimo ita interpretandam facultatem testandi de fructibus beneficiorum clericis à Papa concessam, vt in pios vsus tantum testentur, vult *Andreas Barba. in dicto tracta. de præst. Cardina. in 1. parte. quæst. 4. numero 7.* quem refert *R. Episcopus Segobien. in dict. cap. cum in officijs,* quod sequitur *D. Mart. Azpilcueta in dict. tracta. quæst. 3. num. 20.*

5 Duodecima opinio est, quòd facultas prædicta etiam extra prædictos casus concessa, valeat quidem & firma sit, Pontificem tamen concedentem peccare, si sine causa concedat, tamquam hoc ius positiuum respiciat, vt refert *D. Episcopus Segobien. in dict. cap. dict. cap. cum in officijs, num. 7.*

6 Decimatertia opinio est, clericum in infirmitate cõstitutum, vel Prælatum, ex qua postea decedat, sicut nec testari, ita nec donare inter viuos posse, etiam ad pias causas, quòd tunc ea dispositio magis vltimæ voluntati, quàm donationi inter viuos comparetur, vt sentit *Abbas in capitulo, adhæc in fin. de testament.* quòd textus ibidem in ea specie solum permutat donationem rei modicæ, & ibidem expresè *Imol. 2. notab.* quòd si extra pias causas ab infirmo fieret, nulla est dubitatio, quòd donatio sit inualida, vt infra dicemus 4. parte. cap. 4.

7 Decima quarta opinio est præcedenti contraria, scilicet quòd donatione inter viuos possit prælatus, vel clericus in infirmitate constitutus disponere ad pias causas, sicut posset sanus. istam opinionem defendit latissimè *D. Martin. Azpilcuet. Nauarr. in tractat. de redditi. beneficior. Ecclesiastic. quæst. 2. numero 85. & quæst. 3. numero 8. cum sequent.* ad quod allegat alios doctores *R. D. Episcopus Segobiensis dict. cap. cum in officijs, numero 5.* scilicet *Anchar. Imol. & Barba. 2. colum. post Abb. dicto capit. adhæc de testament.* sed mihi videtur quod prædicti doctores dicunt contrarium, cum constituto clerico in infirmitate solum concedant facere donationem in terminis illius textus, scilicet in modica quantitate, & ita non simpliciter, & in quacumque summa permittant donationem, sed potius prohibeant.

8 Quintadecima est opinio *Ioan. Andr. Cardinal. & Barba. nu. 6. in dict. cap. adhæc,* quod ita demum donatio talis valeat ad pias causas facta, si re ipsa fiat traditio, secus vero, si ad traditionem non perueniatur.

9 Sextadecima est opinio *Innocent. & Ioan. Andreæ ibid.* vt etiam sine traditione donatio firma sit, & successores eam exequi teneantur, vt nihil protsus in hac materia sit, quod non vocetur in controuersiam.

10 Decimaseptima sit opinio, vt opinio Innocent. vera sit, in donatione modicæ quantitatis, vt in terminis illius capitu. si vero sit maioris quantitatis, sine traditione non subsistat.

11 Decimaoctaua opinio est, quòd licet de fructibus beneficiorum clerici disponere nõ possint nec in vita, nec in morte, solumque vsuarij habeantur, eam tamen portionem, quæ in distributionibus quotidianis est sibi assignata, liberam obtineant, vt de acquisitis ex ea arbitrio suo possint disponere etiam in vltima voluntate, vt dicit *Dominic. & Franc, cap. 1. §. qui vero numero 4. de cleric. non residen. lib. 6.* & refert plures *Petrus Paul. Parisi.* qui dicit istam opinionem communem, *consil. 13. volu. 4. consiliorum, numero 10. & Anchar. dict. cap. præsenti. Cardinal. in Clemen. fin. de præben. quæst. 13.* quos allegat *dict. Paris.* sentit *D. Episcopus Segobien. in dict. cap. cum in officijs, num. 4.*

12 Decimanona opinio erit, distributiones eodem iure censeri, quo alij fructus beneficiorum, quod *Petr. de Vbal. in tracta. de successo ab intestato clerico. versic. 6. quæro,* probare videtur, & *D. Martinus Azpilcuet. in dict. tract. quæst. 1. num. 74.* vbi hoc expresè affirmat, de quo in part. 3. cap. 5. num. 6.

13 Vigesima opinio est, quæ asserit pensiones clericis assignatas super quibuslibet beneficijs adeo clericorum fieri, vt de acquisitis ex eis, & in vita, & in morte disponere possint. Istam opinionem tenet *Gig. in tracta. de pension. in quæst. 52.* quem expresè sequitur *Reuerend. D. Episcopus Didacus de Couarruu. in dict. cap. cum in officijs num. 6. in fin.*

14 Vigesima prima opinio est contraria *Nauarri in dict. tracta. quæst. 1. nu. 79.* vbi asserit, pensiones Ecclesiasticas nihil penitus in hoc differre à fructibus illorum beneficiorum, super quibus sunt assignatæ, eademque lege eam portionem in pensionarium transire, qua futura erat apud beneficiatum, si ea portio ad pensionarium non pertineret.

15 Vigesimasecunda opinio est, vt quod de illa parte, quæ sit necessaria pro clerici sustentatione,

tione, secundùm sui status conuenientiam, geniuum fraudando suum corradit misset clericus, liberè, & sine peccato disponere, etiam in non pios vsus possit arbitrio suo, vt per *Nauarrum in dicto tracta. quaestio 1. num. 59. & num. 82. & idem in manuali confesso. cap. 25. numero 127. Sotus in dict. quaest. 4. artic. 3. de Iustitia & iure. lib. 10. & alij allegati à D. Marti.* & idem tenet *R. D. Episcopus Segob. in d. c. cum in officijs, n. 2. versi. 3. ex eadem.*

16 Vigesima tertia opinio est contraria huic, quam expressè sentit *Abb. Panormitan. in dict. c. cum esses in repetit. n. 27. extra. de testamēt.* ibi parcè viuēdo,] vbi vult quòd illud, quod superest clerico ex fructibus sui beneficij etiam parcè viuendo, non potest expendere in soluendis debitis per eum contractis, si debita non sunt contracta in vsum suum necessarium, vel pro ecclesia sua, quia debet dispensari ad eum vsum, ad quem redditus fuerunt instituti: secundùm quam opinionem clericus, qui auarè fraudauit se debitis, & necessarijs alimentis, tribus, aut pluribus modis errat. Primò in corpus suum peccat fraudando debitis alimētis. Secundò, animam peccato obligat, quia fecit contra charitatem, quæ à seipso incipere debet, vt supra dictum est ex S. Thoma, & facit *C. de seruitu. & aqua. in l. præses.* Tertiò, quia obligat se ad restitutionem, si hæc, quæ cumulauit in pios vsus non conuertat, vltra malum nomen sordidi, & auari, quo apud omnes in vita notatur, maximè quia auaritia, quando eò peruenit, vt seipsum proprijs alimentis quemquam fraudare compellat, videtur esse tamquam phthisis confirmata, & in vltimo gradu constituta. hæc est illa auaritia, quæ ab Apostolo simulacrorum seruitus appellatur, & in *cap. cum omnis 1. quaest. 1.* quando domino non seruit pecunia, sed illi seruit dominus, de quo dicitur in *Eccles. 6.* Vir, cui Deus dedit diuitias, nec tribuit ei potestatem, vt comedat ex eis,] & de his, qui à diuitijs possidentur, inquit *Dauid*, Dormierunt somnum suum, & nihil inuenerunt viri diuitiarum in manibus suis.] Non enim diuitiæ talium virorum, sed ipsi diuitiarum, quibus se tradiderunt sunt.

17 Vigesima quarta opinio est, ea omnia, quæ de peccato clericorum propter malam fructus beneficiorum dispensationem, & de restitutionis obligatione dicta sunt, ea inquam omnia locum habere in illis etiam, qui aliquid titulo lucratiuo ab ipsis clericis ex prædictis fructibus extra causas pias receperunt, vt peccent hi, & ad restitutionem teneantur, vt per *D. Mart. Azpilcuet. in dicto tractatu quaest. 1. num. 97. & 98. & q. 2. num. 33. cum sequen.* secus verò si ex titulo oneroso habuerunt, vt ipse optimè defendit.

18 Vigesima quinta opinio in hac materia, bona commendarum, seu præceptoriarum sancti Iacobi de Spata, & de Alcantara, & Calatraua eadem lege, & grauiori censeri, quàm censeantur bona, & fructus beneficiorum, cum ij religiosi sint, & votum paupertatis emittant, & castitatis coniugalis, & eadem, & maiori ratione commendatores sancti Ioannis Hierosolymitani eisdem legibus, & grauioribus constringi. Et quòd supradicti minorem disponendi licentiam de redditibus suarum commendarum, & propriorum bonorum habeant, quàm clerici seculares, apertè deducitur ex voto per eos emisso, vt per D. Mart. latè hoc defenditur in *dict. tracta. quaest. 3. num. 29. & in 1. quaest. num. 95. 36. corollario,* & ideo & peccent, & ad restitutionem teneantur, si ea, quæ sibi supersunt à iusta sustentatione, pauperibus non elargiantur. de quo dicetur in 4. parte c. 1. n. 13.

Vigesima sexta opinio potest ex ijs deduci, quòd decimarum pars, quæ à principibus secularibus, & alijs possidetur, non liberè possit dispensari: sed, si opinio Archi. vera sit, quod ex natura rei, hæc bona in pia opera sint expendenda, certum est, quòd non minori obligatione, hæc bona possidentes, quàm clerici beneficiati astringuntur, vt saltem, quæ sibi supersunt in pios vsus distribuant. Quinimò sequeretur, quòd non solum quæ sibi supersunt, sed omnia cum iniustè possideant, si non sint ipsi, qui possident dictas decimas, personæ tales, quæ bonis Ecclesiasticis, secundùm eorum bonorum institutionem, debeant sustentari, vel quibus aliqua pars debeatur iuxta allegata sanctorum Patrum decreta *12. quaest. 2. in cap. de redditibus, cum alijs.* Nec consuetudo, tolerantia, nec præscriptio, nec priuilegium hanc obligationem possunt tollere, aut naturam bonorum immutare, cum quoad ea, quæ sunt iuris diuini, non possit aliquid operari, vt *Caiet.* in hac materia supradicta allegata. *in dict. quaest. 185. artic. 7.* notat. de quo dicetur in 4. parte. c. 1. n. 14. 19

Vigesima septima est opinio, quòd licet ex supra deductis colligatur, vt clerici rerum suarum secundùm aliquos vsufructuarij, secundùm vero alios vsuarij, & diuersis respectibus, & temporibus appellentur, nullus tamen eos dominos bonorum suorum beneficiorum constituat, cum tamen secundùm opinionem nostram vere domini sint, non tamen ex hoc sequatur, maiorem in dictis bonis habere licentiam, quàm si solum vsufructuarij, vel vsuarij existerent, cum aliquando iura domini veri per legem ex iusta causa, & eius potestas soleant impediri. 20

Vigesima octaua opinio, ex his etiam colligitur, redditus ecclesiasticos ex causa pensionis in laicos collocatos ex priuilegijs ita demum securam reddere conscientiam, si personæ tales hæ sint quibus conferantur, vt illis secundùm prædicta sanctorum Patrum decreta bona ecclesiastica sint destinata. 21

Vigesima nona opinio. Concilium Tridentinum, in eo, quod prohibet Episcopos, & clericos ex redditibus beneficiorum consanguineos, aut familiares ditare, intellexit inesse illis onus distribuēdi superflua pauperibus, secundum *D. Martin. dicto tracta. n. 26. & q. 2. num. 24.* 22

Trigesima

23 Trigesima opinio huic contraria, Concilium Tridentinum nihil immutare, nec legem iustitiæ respicere in dispensatione bonorum Ecclesiasticorum, sed solum de lege pietatis loqui.

Ex supradictis, qnas retulimus, opinionibus satis apparet, quàm varia, quàm diuersa, quam penitus contraria in hac materia Doctores tradiderint, & quàm difficilis hæc prouincia, quam aggressi sumus, videatur, vt prudentissimum quemque deterrere debeat, sed si consilij nostri in hac re habeatur ratio, non malè in ea versati videbimur, cum hoc vnum, quod præcipuè desiderabamus, satis superque, ipso in limine præstiterimus, huius scilicet quæstionis perplexos labyrinthos ostendere, vt eruditos, & pios homines maximè inuitaremus, vt quod nos præstare in hac re non possumus, & quibus in locis nos deficiemus, ipsi nos subleuent, admoneant, & adiuuent, qua spe interim recreati, vsque ad huius negotij metam Deo duce progrediamur.

DE REDDITIBVS ECCLESIASTICIS,

Pars tertia.

In qua disputatur de opinione Archidiaconi, & de varijs limitationibus, quas ad eam doctores ponunt.

CAPVT I.

In quo adducuntur rationes, & argumenta, quibus probatur opinio Archidiaconi.

SVMMARIVM.

1 *Quicquid habent clerici pauperum est, de intellectu cap. quoniam quicquid, & aliorum similium canonum.*
2 *Quod superest clericis, pauperum est.*
3 *In rebus Ecclesiasticis clericus, tamquam in alienis rebus versatur.*
4 *Clerici sunt administratores, non domini.*
5 *Mandatum cum liberat non excusat à restitutione reliquorum.*
6 *Prælatus tenetur reddere rationem sua administrationis.*
7 *Actiones directa, & contraria dantur inter clericos, & Ecclesiam.*
8 *An prælati teneantur conficere inuentarium.*
7 *Non est imponenda pœna, vbi à lege non reperitur imposita.*

IN præcedenti huius libelli particula doctorum opiniones collegimus, sequitur, vt de earum veritate dissetamus, & rationes, & argumenta tam ab ipsis inducta, quàm à nobis excogitata, expendamus: & quia huius quæstionis vis in hoc consistit, vt cognoscamus, quæ ex primis opinionibus sit vera, an opinio Archidiaco. vel ei contraria, ideò potissimum in hoc versabimur, non tamen aliquid prædictarum opinionum intactum relinquemus, breuitati temporis, & lectorum vtilitati consulentes. Sed in hoc capite, & in hac particula de opinione Archidiac. differamus. Vult igitur Archidiac. Episcopos, vel clericos possidentes beneficia cum administratione, vel omnino simplicia, & omni administratione carentia, fructus ipsorum in proprios vsus, & familiarum suarum, secundum status sui conditionem, conuertere posse, quod autem ex hoc supererit, in pauperum & pietatis vsus distribuere debere, sub peccati mortalis reatu, & restitutionis obligatione. Pro ista opinione primo allegatur text. notabil. ex *Epistola D. Hieronymi ad Damasum beatiss. Pont. in cap. fin. incipien. quoniam quicquid*, 16. *quæst.* 1. cuius verba sunt, Quoniam quicquid habent clerici, pauperum est, & domus illorum omnibus debent esse communes. & susceptioni peregrinorum, & hospitum inuigilare debent, maxime curandum est illis, vt de decimis, & oblationibus, cœnobijs, & xenodochijs, qualem voluerint, & potuerint, sustentationem impêdant.] ex qno text. multis modis comprobatur dicta opinio. primo enim texrus dicit, quòd quicquid clerici habent, pauperum est, quod etiam probarur ex decreto *D. Ambros. in c. conuenior*, 23. *quæst.* 8. probatur etiam in *cap. qui oblationes* 2. 13. *quæst.* 2. vbi oblationes pauperum, & egentium alimenta dicuntur, & *Vrbanus Papa post verba posita, c. videntes*, 12. *quæ.* 1. *supra allegata.* Ipsæ enim res fidelium oblationes appellantur, quia

quia Domino offeruntur.] subdit, licet ea verba à Gratiano omittantur. Non ergo debent in alijs vsibus, quam Ecclesiasticis, & prædictorum Christianorum fratrum, vel indigentium

1 conuerti, quia vota sunt fidelium, & pretia peccatorum, ac patrimonia pauperum, atque ad prædictum opus expendum domino tradita: si quis autem, quòd absit, secus egerit, videat, ne damnationem Ananiæ & Saphiræ percipiat, & reus sacrilegij efficiatur sicut pretia prędictorum fraudauerunt, &c.] Et postea subijciuntur verb. quæ ponuntur in *cap. res Ecclesiæ. 12.q.1.* res ecclesiæ oblatæ Domino dicuntur, & communes esse, & solum in destinatos vsus dispensandæ.] & facit text. in *cap. expedit, 12.q.1.* vbi dicit facultates Ecclesiæ non esse proprias, sed in communi possideri. Et Episcopus eadem causâ & quæst. vbi textus loquens de Episcopis inquit, Participet autem & ipse, quibus indiget, si tamen indiget, tam in suis quàm in fratrum, qui ab eo recipiuntur, necessarijs vsibus profuturis, ita vt nulla qualibet occasione fraudentur, iuxta sanctum Apostolum dicentem, Habẽtes victum, & vestitum, his contenti simus. quòd si contentus his minimè fuerit, onuerat autem res Ecclesiæ in suos domesticos vsus, & eius commoda, vel agrorum fructus, &c.] Et infra ibi, sibimet vsurpent, ita vt ex hoc pauperes affligantur.] facit etiam text. notab. *in cap. clericus, 12.q.1.* vbi à *diuo Hieron. ad Nepotianum* ponuntur notabilia verba clericorum conditionem exprimentia, inquit enim. Si autem ego pars Domini sum, & funiculus hæreditatis eius, non accipio partes inter cæteras tribus, sed quasi leuita, & sacerdos viuo de decimis, & altari seruiẽs, altaris oblatione sustentor, habens victum, & vestitum, his contentus ero, & nudam crucem nudus sequor,] ex his verbis clarè colligitur clericum solum victum, & vestitum habere posse, in reliquis autem nihil habere. facit etiam textus in *c. præcipimus, eadem causa & quæst.* vbi dicit text. præcipimus, vt in potestate sua res Ecclesiæ, Episcopus habeat, si enim animæ hominum pretiosiores illi creditæ sunt, multo magis oportet eum curam de pecunijs agere, ita vt potestate eius indigentibus omnia dispensentur, &c.] Idem probat *B. August. in c. quia tua fraternitas, eadem causa. 12.q.1.* vbi loquens de clericis dicit,

2 Omne quod superest necessitatibus, in causis pijs, & religiosis erogandum est, domino magistro dicente omnibus, Quod superest date eleemosynam, & omnia munda sunt vobis.] His consonant aliæ authoritates D. Bernardi, & Ambrosij, & aliorum sanctorum Patrum, & Canones Apostolorum, quos refert *R. Pater Frater Dominicus de Soto in dicta quæst. 4. in art. 3.* quod adeo inculcatur in sacris decretis, vt iam abierit in prouerbium, bona ecclesiastica esse pauperum, vt dicit *ipse D. in art. 2.* cum ergo ex supradictis appareat, quod bona clericorum sunt communia, non propria, vt ex illis primo ipsi clerici, postea pauperes sustententur, sed quisquis in alios vsus res communes, quæ mad eos, quibus hæ res destinatæ sunt, clericos conuertat, ex lege iustitiæ reus sit peccati mortalis, & ad restitutionem teneatur, tanquam si rem, quæ communis est, vnus ex socijs alienaret, vt *C. de commun. rerum alienatio. in l portionem.* Ideo, & actione furti tenetur, vt in *l. rei communis, ff. pro soci.* & est textus in *l. si socius ff. de furt.* si socius (inquit *Vlpian.*) communis rei furtum fecerit, (potest enim communis rei furtum facere) indubitatè dicendum est furti actionem competere.] Textus etiam notabilis in *l. 1. §. socius si ff. de vsur.* Quinimò cum hæ res Ecclesiæ sint, clericus vltra victum & vestitum sibi vendicando, sacrilegus, nedum fur, est censendus, vt probatur in *cap. nulli liceat, & in cap. indignè, 12. quæst. 2.* & ita *Archidiacon. supr. allegatus,* furtum & sacrilegium tales committere asseuerat, vt & infrà dicemus. Secundo considerando verba dicti text. in *cap. quoniam quicquid*, ibi, de decimis & oblationibus,] probatur dicta opinio, ex his enim manifestè apparet, cum oblationes dicantur, quicquid Ecclesiæ oblatum est, vt in *d. cap. res Ecclesiæ*, & cum de decimis etiam loquatur iste textus, ex quibus hic *Hieron. & August. in cap. decimæ, 16. q. 1.* dicit pauperibus alimenta deberi, & redditus beneficiorum, etiam ex his rebus constent, ex eis beneficia erecta sint, clericos omnino sub reatu peccati mortalis, & restitutionis vinculo, ad hæc realia onera esse obligatos, vt in *l. 2. & in l. fin. C. fine censu. vel reliq. & in l. cum fundo. ff. de serui. rust. prædi.* & est optimum simile ad nostram materiam in *l. domum, qua est l. 1. C. de præd. & al. reb. nauicu. l. b. 11.* quod argum. cum his, quæ tradunt doct. latè relati à *Tiraquell. in tract. de primogen. quæst. 43. numer. 9.* etiam videtur ad principes seculares, & ad cõmendatores, quos vocant, ordin. S. Iacobi, & de Calatraua, & Alcantara, & multo magis ad eos, qui sunt ordinis S. Ioannis Hierosolymitani decimas ex priuilegijs possidentes pertinere: de quo infrà latius dicetur. Tertiò etiam comprobatur ex isto textu dict. opin. Archidiac. quia textus dicit, quicquid clerici, vtens verbo indefinito, apto comprehendere omnes clericos, siue tales sint, qui administrationem aliquam habeant, vt sunt Episcopi, Abbates, & similes, siue tales sint, qui nullam administrationem habeant: cum omnibus his, vt ex allegatis decretis apparet, ea lex imposita sit, vt victu, & vestitu contenti esse debeant, reliqua pauperibus, & alijs pijs operibus relinquant: maximè cum, vt suprà dictum est, hoc ex natura ipsarum rerum contingat. Ideo apud quascumque versentur personas, eodem iure censebuntur, vt *dict. l. domum.*

Aduertendum etiam est circa *dictum cap. quoniam quicquid*, quod (vt solet) diligentius considerat *Dom. Martinus Nauarr. dict. suo tractatu*, licet illud decretum à Gratiano tribuatur *diuo Hieronymo in epistola ad Damasum*, tamen in exem-

exemplaribus, quę nunc habemus, eam epistolam non reperiri, & tamen non solum à Gratiano verum à D. Thoma, & Innoc. dicta epistola allegatur, ideo existimat D. Mart. vel Gratiani authoritate tantos patres cum alia doctorum turba fuisse deceptos, vel aliquam epistolam maximi ponderis deesse in epistolis, quæ nunc extant diui Hieronymi. quod vltimum ego verissimum existimo, nec enim suspicari possumus Gratianum virum pium, cui in hac re tot authoritates sanctorum & patrum non deerant, ita fœdè imposturam gratis facere voluisse, etiamsi refragentur omnia exemplaria, non dico noua, verum etiam antiquissima. quæ enim adeo antiqua erunt, vt tempora Gratiani, qui quadringentis ab hinc annis suum vulgauit decretū, attingere credamus? estò quod attingant, & supererit Gratiani tempora, nonne Gratianum existimamus antiquissima quæque eo tempore perquisiuisse, & prototypa ipsa, si qua erant in rerum natura Hieronymi, & aliorum sanctorum patrum vidisse? licet in alijs multis errasse Gratianum dubium non sit, cum à glossis, & ab alijs doctoribus nostris multi errores eius sint deprehensi, & aliqui in hoc argumento speciales tractatus de error. Grat. ediderint. sed Gratianum in breui emendatum nos habituros maximè sperare possumus, cum fœ. re. Pius quartus eam difficillimam quidem operam viris prudentissimis demandauerit, eandemque prouinciam Sanct. Domin. Nost. confirmauerit, qui huic rei summis viribus, summaque diligentia incumbunt, quos plenè in hoc negocio satisfacturos nullus possit dubitare. Secundò probatur hæc prima opinio hoc argumento, quancunque opinionem teneas doctorum huc vsque scribentium circa dominium rerum Ecclesiast. siue earum dominium esse apud Christum, vt est magis communis authorum sententia, cum *Innocen. in c. cum super de causa possess.* & propriè *Anto. de Butri. in cap. si. num. 16. in fi. eod. titul. Abb. in d. c. cum esses. numero 29.* qui allegat *c. cum ex eo. de electio. lib. 6.* siue dicas esse apud Ecclesiam vniuersalem, vt volebat Bernardus Hispanus, vt ijdem referūt doctores, siue apud Ecclesiam particularem, cui sunt applicatæ res illæ, vt multi volunt, & veriùs videtur, siue apud Ecclesiam materialem, quòd falsum est, siue apud summum Pontificem, siue quòd in nullius bonis hæ res sint, sicut de sacris & religiosis rebus dicimus, siue apud clericos eo modo, quo res vniuersitatis sunt apud vniuersos, non apud singulos, vt *in §. vniuersitatis de rer. diuisio.* vt scribunt latè doctores in *dict. cap. cum super*, qui referunt tenentes istam opinionem, & *AEgidius de Bellamera, in cap. cum venerabilis, extrau. de exceptioni. & Cardina. Turrecremata.* latissimè, in *cap. videntes 12. q. 1. & Cardin. Alexan.* qui, vt solet, eius dicta transcribit, in *c. expedit 12. q. 1. & idem Alexan. in cap. 1. 10. distinct. Abb. in cap. cum esses in repet. numero 29. post Ioan. Fabr. §. nullius*

de rerum diuisio. siue pauperum esse dicamus, vt dictum est supra, quamcumque denique opinionem teneas, clerici in rebus Ecclesiasticis, tamquam in alienis rebus, non proprijs
versantur. quo fit vt, si eisdem rebus aliter 3
vtantur, quàm sibi permissum est, reos ex lege iustitiæ fieri manifestum sit, & ad restitutionem obligatos esse, vt *§. placuit, institut. de obligati. quæ ex delict. nascuntur. & l. qui depositum. C. deposit. & l. si vt certo. §. interdum. ff. commod. & l. qui iumenta. ff. de fure.* voluntas autem Domini nostri, cuius, vt dictum est, rerum Ecclesiasticarum est dominium, adeo ex decretis sanctorum patrum est declarata, vt nihil dubitationi reliquum sit. ideo consequens est eos, qui his rebus aliter, quam dominus earum vult vtuntur, esse reos, & peccati mortalis, & restitutionis vinculo esse obnoxios. & hoc est, quòd doctores nostri dicunt, quòd clerici in rebus ecclesiasticis nullam aliam habent prorsus potestatem præter eam, quæ in sacris canonibus eis concessa reperitur, vt loquendo de prælatis inquit *Cardin. Zabarell. consil. 110. colu. 1. & R. D. Episcop. Segobien. in dict. c. cum in officijs 2. colum. numero 2. extrau. de testamen.* vbi allegat alios doctores ad hoc, licet id non dicant.

Tertia ratio, quæ ex præcedenti deduci vi- 4
detur, est, quòd clerici rerum ecclesiarum sunt administratores, seu procuratores, non domini, vt in *cap. 2. extrau. de donat.* vbi dicit text. Cum Episcopus, & prælatus Ecclesiasticarum rerum sit procurator, & non dominus.] Et *sanctus Augustinus in capitulo quod autem 23. quæstione 7.* loquendo de bonis Ecclesiasticis inquit, Non sunt illa nostra, sed pauperum, quorum procurationem quodammodo gerimus, non proprietatē nobis vsurpatione damnabili vendicamus.] & alibi clerici appellantur defensores rerum ereditarum. vt in *cap. in canonibus 16. quæstione 1.* alibi dispensatores, in *cap. videntes 12. quæstione 1. & in c. Episcopus eodem titul. & cap. penul. & finali,* atque in alijs etiam locis. si igitur procuratores, defensores, vel administratores Ecclesiasticarum rerum sunt Episcopi, & clerici, clarum est, quòd ex lege iustitiæ, sicut alij administratores rerum alienarum, ad reliquorum restitutionem tenentur, vt probatur *ff. de tut. & ratio. distrahen. in §. 1. officio tuto.* & est textus notabil. in *l. 2. ff. de nego. gest. & ff. manda. l. idemque. §. si ex fundo, & §. si procurator, & in l. ex mandat. ff. de procurato. in l. qui proprio. §. procurator,* vt in cæteris, & *C. mandati per plures leges,* vt *in l. cum per procuratorem, & in l. procuratorem, in l. à procuratore, & in l. in re mandata in secundo responso. & C. de negotiis gest. in l. si curatorem.* quod habet locum, etiam si libera administratio
concessa sit, nam etiam tunc ad reliqua restituenda tenetur, vt ex supradictis legibus pa- 5
ter. iunct. *glos. fin. in l. mandato generali ff. de procurato.* quæ vult curatores, & tutores liberam

administrationem sibi, à lege concessam habere. & facit ad hæc text. *in l. Aurelius §. Titius, & §. Mænia, ff. de liberatio. legata. & in l. Aurelio, in §. Caius, & in l. final. §. Titius, & in §. inter cetera. ff. eod. titul.* notat *Albericus in l. cum quidam decedens, ff. de administrat. tutor.* & notant recentiores doctor. *in l. cum necessitatem reddendæ rationis, C. de fideicommiss. & in l. sub prætextu, 2. C. de transaction.* cum multis allegatis à *R. Episcop. Segobiens. in cap. officij, num. 8. de testam. & lib. variarum resolut. 2. in cap.* 14. & ideo, si domini pecuniam hi interceperint, furti nomine tenentur, vt in *l. 1. § penultim. & in l. 2. ff. de tutel. & ratio. distra. & ff. de furt. in l. tutor. & in l. interdum, §. qui tutelam,* vt de clericis supra dictum est, quod furtum committunt, in alium vsum, fructus beneficiorum expendendo, & ita Prælatus sicut tutor tenetur reddere rationem suæ administrationis, vt vult gloss. in *cap. qualiter, & quando, 2. verbo, reddere, de accusat.* not. *Abb. in cap. venerabilem 3. colum. de offic. delegat. & in cap. auditis, de in integr. restitut.* textus in *l. si quis presbyter, C. de Episcop. & cleric.* sic videmus, quod sicut supradictis tutoribus, curatoribus, & procuratoribus, cum ipse de male gestis, & de his, quibus dominos læserunt in administratione, teneantur actione directa, ita actiones contra dominos contrariæ dantur pro recuperandis his, quæ in rem dominorum expenderunt, vt *ff. de contra. iudi. tut. in l. 1. & per totum titul. & ff. mandati. in l. si vero non remunerandi, §. si mihi mandaueris, cum concor-*
7 *dantibus ibi allegatis in gloss.* ita clerici ea, quæ ex patrimonio suo exposuerunt, ab Ecclesiis suis exigere possunt, textus est qui vtrumque probat in *canon. sacerdotes, 12. quæst. 4.* vbi inquit textus loquendo de sacerdotibus. Si quis vero pro compendio suarum rerum Ecclesiæ rebus detrimentum intulerit, vel occasionem rerum Ecclesiasticarum in rebus propriis detrimentum passus fuerit, vicissim, qui lucrum sentiũt, detrimentum patientibus resarcient.] Item probatur ex *canone sequent. incipient. Quicunque,* omnia enim hæc iudicia, quæ inter administratores rerum alienarum, & dominos dantur, ab vtraque parte proficiscuntur, & reputationes admittunt, vt probat text. *ff. mandati, in l. idemque, §. idem Labeo, & ff. de procurat. in l. qui proprio, in §. procurator.* vt in cæteris, textus notabilis in *d. l. 2. ff. de negot. gest.* vbi inquit *Caius,* & sanè, sicut æquum est ipsum actus sui rationem reddere, & eo nomine condemnari, quicquid vel non, (vt oportuit) gessit, vel ex his negotijs retinet, ita ex diuerso iustum est, si vtiliter gessit, præstari ei, quicquid eo nomine, vel abest,
8 vel absuturum est.] & ita exemplo tutoris, vtrum Prælati inuentarium conficere teneantur apud nostros quæstionis est, nec enim hoc expressum in iure reperitur, licet faciat in argumentum text. *cap. de Syracusanæ. 28. distinct.* nam licèt ibidem dicatur, vt fiat inuentarium ab Episcopo earum rerum, quas iure proprio possidebat tempore suæ promotionis, illud tamen ibidem à Pelagio præceptum videtur, ratione suspicionis, quæ erat in illo Episcopo, ob quam etiam distulerat longo tempore eius ordinationem, non autem iure ordinario, & communi statuitur. facit etiam in argumentum text. in *cap. charitatem tuam, 12. quæst. 2.* sed ibi non loquitur de inuentario rerum Ecclesiæ, sed de innentario rerum Episcopi, & facit argumentum *eod. titu. 12. quæst. 1. in cap. manifesta.* vbi gloss. expresse affirmat Episcopum inuentarium conficere debere rerum Ecclesiæ, quã gloss. aliqui sequuntur, vt per *Alexand. ad Bart. l. nulli, C. de Episcop. & cleric.* sed *Abb. Panorm. quæst. suis quæst. 3. dub. 4.* & alij, quos allegat *R. Episcop. Segobiens. in cap. 1. de testament. numer. 9.* contrariam sententiam tenent. quod verius videtur, cum pœna, quæ ex non confecto inuentario sequi solet, non debeat imponi, nisi vbi à lege expressum reperiatur, vt est generale in omni 9
constitutione pœnali, vt dicit *gloss. vulga. in cap. final. gloss. final. extrauagan. de iure patronat.* & gloss. in *cap. final. de excessib. Prælator. gloss. in summa 15. quæst. 8. gloss. cap. cum vos. verb. minus idonea, de officio ordinarij, & clement. 2. verb. suspensus, de vita & honestate clericor.* pro quibus est textus in *authent. de non eligend. se. nubent. §. cum igitur, versic. sicut enim, colum. 1.* & textus in *l. at si quis, §. habeo, versic. & generaliter,* ibi, nullam pœnam constitutam esse.] *ff. de religion. & sumpt. funer.* tradit *Ias. in l. 1. num. 12. C. de transact. & in l. diuortio. § si fundum, colum. penultim. solut. matrim. & in l. quod te mihi, num. 31. ff. si cert. petat.* latissimè *Tiraquell. repetit. l. si vnquam in verb. reuertatur, num. 205. cum sequent.* Quæstio autem confectionis inuentarij ex eo oritur, quòd administrator, non dominus sit Episcopus. ideoque manifestè apparet ex lege iustitię, ad restitutionem teneri eorum, quæ præter domini voluntatem in aliquos vsus conuerterit.

CAP. II.

De emptis per Prælatum, vel clericum ex redditibus beneficiorum, & quomodo ex solo tit. sine traditione dominium Ecclesiæ acquiratur, & an illud dominium sit directum, vel vtile, & qua ratione concurrere possit cum obligatione personali.

SVMMARIVM.

1 *Empta per clericos de redditibus beneficiorum, efficiuntur Ecclesiæ.*
2 *Non potest causa plus in remotiora, quàm in proxima.*
3 *Solutio R. Episcopi Segobiens. ad argumentum reprobatur.*
4 *An dominium rerum emptarum per clericum ipso iure transeat in Ecclesiam, vel solum obligatio oriatur.*

5 Pro-

1 QVartum fortissimum argumẽtum pro ista opinione tale est, omnia empta à prælato, vel clerico de pecunijs habitis de redditibus beneficiorum pertinent ad Ecclesiam, non ad Prælatum, vel clericum, qui ex dictis redditibus talia emit. ita statutum est in *concilio Carthagiuen.* 3. habetur in *canone placuit*. 12. *q.* 3. vbi inquit text. Placuit vt Episcopi, presbyteri, vel quicunque clerici, qui nihil habentes ordinantur, & tempore Episcopatus, vel clericatus sui agros, & quæcunque prædia nomine suo comparant, tamquam rerum dominicarum inuasionis crimine teneantur, nisi admoniti, Ecclesiæ eadem contulerint,] idem statutum est in *concilio Toletano* 9. & habetur in *canone sacerdotes*, 12. *q.* 4. *& in concilio Agathen. eadem, causa & q. c. presbyter.* vbi dicit, Presbyter cum diœcesin tenet de his, quæ emerit, ad Ecclesiæ nomen scripturam faciat, aut ab eius, quam tenet, ecclesiæ ordinatione discedat,] & licet videatur de Episcopo loqui, tamen ex verbis supra dictorum decretorum, præsertim ex *d. cap. placuit*, apparet esse idem in quocumque clerico, vt notauit gloss. *Bart. Brixi. in dict. cano. sacerdotes*, quod etiam & in *concil. Bracar.* 3. *cap.* 8. habetur in 12. *quæst.* 4. *in dict. canone quicumque.* vbi textus addit hæc verba: nec aliquibus poterunt illa donare,] quod etiam statutum est in *concilio Hispalen.* 1. & habetur in *canone fixum*. 12. *quæst.* 5. & probatur etiam in *canone res in episcopatu*. 12. *quæst.* 2. quod etiam statutum est in *concilio Arelaten.* vt habetur *in cap.* 1. *& in cap.* 2. *de pecul. clericor. & in concilio Remensi, in cap. inquirendum, eodem titul. & in concilio Toletano, in cap. final. eod. tit. & per Pium Pontificem, in cap. vnusquisque, eod. titul.* ergo empta ex redditibus Ecclesiasticis, pertinent ad Ecclesiam, nec exteris conferri possunt, nec alienari, vel titulo donationis, vel qualibet alia causa, sed vt alia bona Ecclesiæ censentur, quæ solum in vsus pios, & per sacros canones ordinatos debent dispensari. Ergo multo magis ipsimet fructus vel redditus, ex quibus hæc comparantur, sub hac lege, & ordinatione censebuntur, quia vt est vulgatum, propter quod vnumquodque est tale, & illud magis erit tale, vt in *authentic. multo magis, C. de sacrosanct. Eccles.* probatur per textum notabilem, licet ad hoc non soleat allegari, in *l. cum pater. iunct. l. præcedenti, ff. ad l. Pompeiam de parric. & in l. Iulia. iuncta gloss. in verbo viri, ff. de testibus, & in l. cum tale. §. rescriptum, ff. de condit. & demonstrat.* textus in *l. dotem dedit, ff. de collat. bonor.* non enim fieri potest, vt plus possit causa in remotiora, quàm in proximiora, immo non solet in remota influere, vt in *l. sciendum, ff. de verbor. significat. in l. socij mei, ff. de regul. iur.* facit *l. coiri, cum ll. sequent. & in l. socium, qui in* 2 *eo, §. 1. ff. pro socio, & in l. cum de hoc, ff. de except. rei iudic.* cum multis alijs cumul. à *Tiraquell. in tract. de cessant. causa, limitat.* 20. *numer.* 3. *& sequent. & in tractat. de primog. in quæst.* 40. *numer.* 140. *Deci. in l. in eo quod vel is, num.* 4. 5. *&* 6. *ff. de regul. iur.* & quæ tradit *Curt. tractat. de feud.* 2. *part.* 1. *in quæst.* 10. ex quo deceptus est *Socin. qui in l. si post, in fin. ff. de exception.* volebat posse spem litis efficere id, quod lis ipsa non posset. quod enim Poëta Tragicus dicit: Peior est bello timor ipse belli, ad animum perturbatum, vel inordinatum pertinet: sicut per contrarium dicitur: Dulce inexpertis bellum, cum sit omnium malorum sentina, καὶ περὶ μὲν τοῦ πολεμεῖν ὡς χαλεπὸν, τί ἄν τις πᾶν τὸ ἐνὸν ἐκλέγων, ἐν εἰδόσι μακρηγοροίη; inquit *Thucydides lib.* 4. *de bello Peloponesiac. & Homerus* ἀφρήτωρ, ἀθέμιστος, ἀνέστιός ἐστιν ἐκεῖνος ὃς πολέμου ἔραται ἐπιδημίου ὀκρυόεντος. & de Marte alibi, ὃς οὔτινα, οἶδε θέμιστα, quem sæpe vocat βροτολοιγὸν ἄρηα, & πολύδακρυν ἄρηα. Cum ergo bona empta ex pecunia redacta ex fructibus beneficiorum pertineant ad Ecclesiam, multo magis pecunia, seu fructus ipsi ad Ecclesiam pertinebunt, quæ rebus ipsis Ecclesiasticis magis cohærent, cum ex ipsis immediatè producantur, & pars eius fuerint, vt inquit textus in *lege fructus pendentes pars rei sunt. ff. de rei vendic.* textus in *lege quæsitum, in §. cellarius, versicul. Casius, ff. de fund. instruct.* vbi notat gloss. & textus in *lege final. §. fructus autem, ff. qui in fr. creditor.* textus in

l. cum filius, §. *dominus*, *ff. de legat*. 2. vbi dicit text.
Quoniam fructus portionis instar obtinent.]
& hæreditatem augent, vt in *l. item veniunt*, §.
3 *fructus*, *ff. de petitio. hæreditatis*. & in rei restitutio-
ne fructus, sicut res ipsa venire solent, vt *ff. de v-
sur. in l. videamus*, & *ff. de verbor. significat. l. resti-
tuere*, & *l. plus est*. adeo vt mirandum sit R. *Epi-
scopus Segobiens. in dicto cap. cum in officiis*, *nu*. 3. *in
medio versic. canon autem primus*, negare prædi-
ctam consequentiam, cum nullam possit habe-
re controuersiam, quia eam probat text. in *l.
quamuis*, *C. in quibus caus. pign. vel hypot. taci. con-
tra*. vbi inquit textus. Quamuis vsusfructus
pignori datorum prædiorum (etsi id apertè
non sit expressum) & ipsi pignori credantur ta-
cita pactione inesse, prædia tamen, quæ emun-
tur ex fructuum pretio, ad eandem causam ve-
nire, nulli prudentum placuit,] & ideo ea vti-
tur *Abbas Panormit. dict. cap. cum esses in repetition.
„ num*. 21. *circa fin*. ibi. nam si facerent fructus suos,
„ non video, quare de illis fructibus non possint
„ sibi emere prædia, cum vt inquit *sanctus Thomas*
1. 2. *quæst*. 19. *artic*. 4. *in responsione*. causa secunda
non agit nisi virtute primæ causæ. & licet inter
doctores sit controuersia, vtrum dominium
rerum emptarum ex dictis fructibus sit trans-
4 latum in Ecclesiam ipso iure, vel solum obli-
gationem ortam. nam *Hostiens*. & *Ioann. Andr. in
dict. cap. inquirendum*, *de pecul. clerico*. & *commun.*
opinio secundum *Bart*. ibi, voluit, quod magis
probetur authoritatibus doctorum, quod do-
minium in Ecclesiam transeat, quàm vt clarè
in iure hoc sit expressum, tamen *D. Episcopus Se-
gobiens. in cap*. 1. *de testament. numer*. 5. dicit esse
communem opinionem contra Hostiens. &
iure expresso probari ex verb. text. *in eodem
cap*. 1. & est textus in *authent. licentiam*, *C. de Epi-
scop. & cleric*. & quod dicitur emptum ex pe-
cunia mea, non effici meum. vt in *l. si ea pecunia*,
C. de rei vendi. Hoc in Ecclesiæ pecunia non
procedere, sicut & in pecunia pupilli dicitur:
id *l. si vt proponis*, *C. de rei vendi*. ita expresè vult
ibidem gloss. Alber. & *alij*, & glossæ, & doctores
allega. per dictum Episcopum. & licet quoad
quæstionem nostram nihil intersit, res effician-
tur Ecclesiæ, vel ad Ecclesiam iure obligatio-
nis pertineant ex lege iustitiæ, cum in vtraque
specie peccatum mortale, & restituendi reatus
versetur, & natura ciuilis, & naturalis obliga-
tionis, & lex commutatiuæ iustitiæ ad hoc
obliget, & dicti Canones id in specie statuant.
Tamen, ne in hoc remaneat aliquis scrupulus,
cum in aliis sit maxima differentia, aliqua res
nostra fiat, vel nostra non fiat, sed nobis debea-
tur, alterum enim realem actionem, alterum
vero personalem producit, vt §. *omnium cum
alij*, *de action*. ex quibus diuersi oriuntur effe-
ctus, opus est harum opinionum alteram con-
stituere.

Quarum, vt ego existimo verior ea est, quæ
5 dominium Ecclesiæ ipso iure, rerum ex dictis
pecunijs emptarum tribuit. nam cum causa
hæc sufficiens sit, vt ecclesiæ debeatur, vt om-
nes fatentur, ergo transfertur in eam domi-
nium, quia, si cum causa iusta ad debendum
concurrit traditio, dominium omnino trans-
fertur, sicut videmus ex emptione, & vendi-
tione, ex donatione, & aliis similibus contra-
ctibus, ex quibus actiones personales oriun-
tur, si à domino traditio fiat, dominium trans-
fertur: vt in *l. clauibus*, *ff. de contrahend. empt*. §. *per
traditionem*, *institut. de rer. diuisio. in l. traditioni-
bus*, *C. de pact*. & obligatio, quæ ante traditionem
erat personalis, potest efficere, vt traditione
transferatur dominium, ergo cum idem ope-
retur in Ecclesia titulus, vel causa sola iure spe-
ciali Ecclesiæ, quod iure communi titulus cum
possessione in priuatis, vt in *l. inter diuinum*, *quæ
est lex final. C. de sacrosanct. Eccles*. vbi probatur,
quod Ecclesia in hoc est priuilegiata, vt sine
traditione in eam transferatur dominium, &
ibidem not. *omnes doctor. gloss. in l*. 1. *C. de donat.
quæ sub mod*. de quo per *Tiraquell. in tract. de priui-
le. piæ caus. priuileg*. 107. *Bart. nota*. quem ipse non
allegat *in quæstionibus suis. quæst*. 13. *incipien. filium
adultum*, *per Alexand. in l. si aliquam*, *ff. de acquiren.
possess*. de quo per *Deci. consil*. 564. & per *Tiraquell.
post leges connubia. in gloss*. 3. *num*. 53. aliqua per *Pet.
Paul. Paris. consil*. 77. *volum*. 1. ergo manifestè ap-
paret in dictis bonis emptis, ex fructibus bene-
ciorum, vel ex rebus Ecclesiæ, dominium ipso
iure transferri, cum titulus sit sufficiens, & tra-
ditio Ecclesiæ priuilegio non sit necessaria ad
dominij translationem.

Et licet videatur fieri non posse, vt Eccle- 6
siæ, & dominium quæsitum sit, & quod actio
personalis competat, cum non concurrat
cum dominio, nemini enim res sua quoad do-
minium deberi potest. vt *ff. de verbor. obligatio.
in l. nemo rem suam*, vbi inquit *Vlpianus*: nemo
rem suam vtiliter stipulatur,] & in *l. scire de-
bemus*, §. *final. ff. eodem titul*. quod enim obli-
gatione comprehendi potest, iam apud me
est, iden superfluit obligatio personalis. rei
enim perfectæ nihil potest superaddi. in *l. qui-
bus idem*, *ff. de verborum obligationib*. & *in l. si te
solum*, *ff. de hæredit. instituend*. & *in lege proprias
res*, *C. de legat*. & *in lege sua rei*, *ff. de contrahend.
emption*. & *in l. cum res*. & *in l. si maior*, *C. eodem
titul*. & *in l. sequitur*, §. *lana ouium*. *ff. de vsucapio*.
textus in *l*. 2. *C. de vind. liber*. licet in delictis, &
imperfectionibus iteratio adiiciat, & aggra-
uet. vt notat gloss. quæ allegat plures leges in
l. si diutino, *ff. de pœn*. & *gloss. in verb. crescat*, *in
extrauagant. qui sint rebelles*. Ideò difficilius
dispensatur cum homicida plurium, quàm v-
nius, vt habetur in *l*. 3. *C. de Episcop. audi. per
Guillelm. de Cuno*. & *Reueren. Episcop. Pacensis* olim
collega noster in regia cancellaria iuris diui-
ni & humani peritissimus *in catholic. cap*. 55. *de
relaps. numer*. 9. & 10. & bigamia ex multipli-
catis matrimonijs, tribus, vel quatuor grauior
etiam est, quam quæ ex duobus contrahitur
matrimonijs, vt dicit *Angelus in authent. quo-*

modo

modo oportet Episcopo, §. *hoc autem*, *num*. 12. probat text. in §. *fin autem*, *eod. tit*. ibi, non ad tertias,]sequitur *Felin. in cap. si cautio. num*. 40. *de fid. instrum*. licet enim appellatione secundarum nuptiarum veniant, & tertiæ, & quartæ, vt *rubr. de secund. nupt*. tamen id verum est, vt si puniuntur secundæ, & tertiæ, etiam puniantur & quartæ, sed excusatio secundarum non prodest tertijs, & quartis, quia esset arguere præpostere, vt *in authent. multo magis*, cum maior incontinentia detur. nam vt dicit *D. Clemens constit. Apostolica*, *lib*. 3. *in cap*. 2. trigamia incontinentiæ est argumentum. id, quod supra trigamiam fit, manifesta fornicatio indicatur, & non dubia intemperantia,]sed hac in re consulendus *D. Hieronymus*, qui in *Apologia ad Pammachium* ita inquit. Non damno digamos, imo nec trigamos, & si dici potest octogamos.]habeat quælibet octauum maritum, & desinat esse prostituta. & alibi idem Hieronymus Geruntiani viduam alloquens inquit, Quid igitur damnamus secunda matrimonia? minime. sed prima laudamus, abijcimus de Ecclesia digamos? absit, sed monogamos ad continentiam prouocamus,] & ita apparet signum esse maioris incontinentiæ trigamiam quam bigamiam, vt sanctus Clemens dicit, & quia non semel, sed sæpe trigamus carnem suam scindit. Ideò irregularitas ex grauiori causa contracta videatur, si sit causa multiplicata. Eadem ratione excommunicatio iterata difficilius dissoluitur, vt per gloss. *in l*. 2. *C. vt infra cert. tempus*, & *in l. aut damnum*, *in* §. *seruos*. *ff. de pœn*. *S. Thom*. 3. *part. q*. 23. *art*. 6. & *q*. 24. *artic*. 3. *in addi. ad* 3. *partem*. *Cardin*. & *Anton. cap. ita quorundam de Iudæis*. Peccata enim tàto grauiora sunt, quanto diutius infœlicem detineant animam,] vt *in cap. fin. extrau. de consuetud. cum concord*. & *l. infitiando*, *in* §. *infans*, *ff. de furt*. licet ex primo actu sublata sit gratia. in actibus autem ex omni parte perfectis multiplicatio nihil operatur, rei enim plenæ & perfectæ nihil potest superaddi. vt *in d. ll*. & *S. Thom*. 1. *part. quæst*. 103. *art*. 3. *ad* 3. & latius per eum 1. 2. *q*. 52. *art*. 1. *in respons. post Aristo*. 8. *metaph*.

Et ideo in legato alimentorum non est locus iuri accrescendi, cum nihil possit accretio afferre. & idem in quolibet iure pleno, vt est text. in *l. dominus*. §. 1. *ff. de vsufruct*. & *in l. Titia*. §. 1. *de annuis legat. per Bart*. & *per eundem in l. reconiunctis*, *num*. 42. *ff. de legat*. 2. nec legatum alimentorum est multiplicabile, vt in *l. alimenta*, § *basilica*, & *in l. libertis quos*. *ff. de aliment. legat*. sic stipulatio semel plenè commissa amplius committi non potest, vt per *Bart. in l. iam tamen*, §. *in hac in primo*. & *in l. si ante acceptum*, 2. *col*. & *in l. cum quæ*-
8 *rebatur*, & *in l. fin. ff. iudica. solut*. ita vero domino nihil potest obligatio personalis ad dominiũ adijcere. Et hoc est, quod dici solet, condictiones, quæ actiones sunt personales, vt in §. *appellantur*. *instiut. de action*. abhorrere dominium. domino enim non potest dari actio personalis, vt in *l. final. ff. vsufruct. quemadmo. caueat*. *Franc. Sarmient*.

& ita explicat text. in §. *sic itaque discretis*. *Instit. de actionib. Doct. in l. si quis nec causam*, *in* § *final. ff si cert. petat. gloss. in l*. 3. *circa princip. C. de condiction. caus. dat*. & *Bartol. in l*. 2. *num*. 6. *eod. titul*. & tamen videmus quod *in dict. final. C. de sacrosanct. Eccles*. datur Ecclesiæ, & realis, & personalis actio, & ita non solum dominium in Ecclesiam ipso iure transfertur, sed etiam personalis actio datur, quod ex supradictis fieri posse non videtur, cum ex iis, quæ diximus hæc non possint concurrere. Quinimo & hypothecaria datur in *dict. l. fin*. quæ etiam repugnat dominio, vt in *l. neque pignus*. *ff. de regul. iur*. sed quamuis doctores hæc non satis explicent, imo gloss. in *leg. si quis rem*, *in verbo non efficitur*, *ff. de pollicitationib*. videatur dissimulare illam difficultatem, tamen considerandum est, quod licet hoc in Ecclesia constitutum sit, vt dominium ipso iure transferetur iure speciali, iure tamen communi admittitur, vt cum dominio actio personalis concurrat in Ecclesia ea ratione, quod supradicta procedant, vbi dominium est plenum, iam directum, quàm vtile per traditionem iure gentium, & communi translatum, tunc enim personalis actio cum dominio non concurrit, sed, vbi dominium tantum vtile speciali iure non interueniente traditione transfertur, non est impedimento, vt cum dominio 9
concurrat obligatio, deficit enim plenitudo dominij, quæ dictam personalem obligationem impediebat. Et ita condictio datur domino vtili, vt notat *Bart. in l*. 2. *in num*. 6. *C. de condict. ob caus*. & *in l*. 1. *col. fin. in num*. 9 *ff de donatio*. Quia actio personalis est, in quo vtilitatem afferat, scilicet in dominij plenitudine, quæ de iure gentium est, quæ sine actu traditionis non est perfectè translata, & ita gloss. notab. in *dict. l. fin in verb. in rem*, inquit, in rem scilicet vtilem, sentiens gloss. quod in Ecclesiam licet sine traditione dominium transferatur, non tamen transfertur plenitudo dominij, quale naturali traditione iure gentium transferri solet, scilicet, directum, vt vtile, sed tantum vtile iuris ciuilis sola constitutione, nullo actu naturali interueniente, & quamuis *Cyn. ibid. quæst fin*. sentiat dominium & directum, & vtile transferri, & in specie *Bald. in* 5. *quæstion*. *Fulgos*. & *Paul. de Castr. col. fin*. reprobando glo. & *Iaf. num*. 26. dicentes, quod vbicumque per legem ipso iure transfertur dominium, transfertur non solum vtile, sed directum, per text. in *l*. 1. *in fin*. & *in l*. 2. *ff. de public. in rem action*. *Iaf*. tamen malè sibi constans in *l*. 1. *column*. 1. *C. communi. de legat. numer*. 4. dicit hoc esse parum momenti, sed quicquid præfari doctores velint, verior est opinio 10
gloss. quod vtile dominium ex contractu cum Ecclesia celebrato, & non directum sine traditione transferatur, idque sit regulare, vbi sine traditione per legem dominium transfertur, quod probatur in *l*. 1. *C. de donat. quæ sub mod. fin*. ibi, vendicationem hoc casu vtilem,]& etiã probatur in *l. si vt proponis*, vbi est textus expres-

Contra Bald. & alios cum gloss.

sus.*C.de rei vendic.* vbi priuilegio militis rei em-
ptæ ex pecunia eius, etiam si ipsi non sit res
tradita, transfertur dominium, illud tamen est
dominium vtile, non directum, vt ibidem pro-
batur, quod ibidem *Aret.* dicit esse semper ve-
rum, quando dominium transfertur non de
iure communi, sed de iure speciali sine tradi-
tione, & *Aret.* legit *illam legem si vt proponis*
sub *l. partum.* & probatur in *l. vxor marito. in fin.*
ff. de donat. inter vir. & vxor. ibi, in rem vtilem
mulieri in ipsas res accommodari.] & ita di-
cendum erit in Ecclesia, quæ simile priuilegiũ
habet, vt non directum dominium sine tradi-
tione, sed vtile ei acquiratur. Facit etiam gloss.
vbi *Salicet. in authent. donationem, C. de iure dot.*
quæ voluit, quòd vbi ex donatione propter
nuptias sine traditione transfertur dominium,
sit dominium vtile.
Facit etiam, quod dicit *Ioann. de Imol. in l. 1. ff.*
de donat. caus. mort. tenens, quod ex donatione
causa mortis transferatur dominium vtile, non
directum. & *Ias. in l. quod si nulla de legat. 1.* dicit
dominium, quod ipso iure transfertur in lega-
tarium, esse de iure ciuili. atque ideo impro-
prium, & non de iure communi, & sic videtur
sequi dictam gloss. & *Curt. in l. traditionibus, C.*
de pact. colum. fin. num. 25. Tiraquell. de iure constit. in
2. part. 8. ampliat. ita vides, quàm varij sint in hac
re doctores: ego tamen existimo gloss. esse ve-
ram cum pro ea sint text. expressi supra allega-
ti, sed videtur in contrarium fortis textus in *l.*
11 *1. cum sequent. ff. de publicia.* ibi, legatum, vel do-
nationes causa mortis. & quamuis dici posset
ibi non directum dominium, sed vtile trans-
ferri, cum ibidem non sit expressum, prout il-
Contra lum textum intellexit *Imola in dict. l. 1. ff. de do-*
Imol. *nat. caus. mort.* tamen mihi non placet hic intel-
lectus. nam verius videtur in legatarium, &
donatarium causa mortis dominium directum
transferri, etiam nondum capta possessione,
quia text. loquitur de dominio, nec facit men-
tionem de vtili, ideo de directo intelligitur, vt
in *l. 1. §. qui in perpetuum, ff. si ager vectiga. vel em-*
phyteo. petat. & negari non potest, in hæredẽ sal-
tem transferri dominium directum ante ap-
prehensionem possessionis, vt *ff. de acquir. possess.*
in l. cum hæredes. & ita vides per legem transferri
dominium directum sine possessione. quid di-
cendum in ista difficultate?
12 Ego dico, licet doctores non ita explicent,
distinguendum esse, an lex transferat domi-
nium ipso iure, sine apprehensione possessio-
nis ex contractu, an vero ex vltima voluntate,
vt quando ex contractu semper dominium,
quod transfertur, sit vtile, & eo casu gloss. in
dict. l. final. sit vera: aut ex vltima voluntate, &
tunc transeat tam vtile, quàm directum, vt in
dict. l. 1. in fin. de publici. & in l. à Titio. ff. de furt. & in
d. l. cum hæredes, in l. si ager. in 1. & 2. responsio. ff. de
rei vendic. ratio est, quia in contractibus, cum
supersit persona, apud quam remaneat domi-
nium directum, scilicet ea apud quam erat
prius, non transfertur nisi vtile, quia dominiũ
directum, quod de iure gentium est, sine actu
naturalis traditionis transferri non potest per
legem ciuilem, natura ipsa repugnante: sed
quando transfertur per vltimam voluntatem,
cum non sit, apud quem remaneat directum,
per mortem eius domino extincto, melius est
cum vtili coniungi, & legem ciuilem, naturali
non impediente, plenum sortiri effectum, quã
dominium illud effici vacuum, & in nullius
bonis, & ex consequenti cuilibet siue causa oc-
cupanti concedendum. Qua ratione, ne hoc
absurdum sequeretur, lex imaginatiam illam
personam, quam hæreditatem vocant, moriẽ- 13
te patrefamilias constituit, & produxit, apud
quam illud dominium potius conseruaretur,
vt in *l. 1. §. Scæuola ff. si quis testa. lib. esse iuss. & in l.*
hæreditas in multis. ff. de acquirend. rer. domin. & in
princ. instit. de stipul. seruo. quàm cuiuslibet occu-
pantis fieret lege naturæ, quia ea, quæ in nul-
lius bonis sunt, occupanti conceduntur, vt *in-*
stitut. de rer. diuisio. §. fere igitur. vbi gloss. sentit,
quod dictum est de hæreditate iacente, alle-
gat text. *instit. de stipul. seruo. in princ. supra allegat.*
Existente igitur dominio directo vacuo, cum
lex ciuilis dominium vtile transferat, accessio-
ne quadam necessaria efficitur, vt ne dum vti-
le, quod iure suo transferre lex potest, & solet,
sed & directum transferatur, cum necessario
apud aliquam personam imaginariam, & à le-
ge confictam versari debeat, & quodammodo
dominium ciuile in totum effectum sit. nam
vbi non est persona, in qua dominium natura-
liter directum requiescere possit, sequitur per-
sonam à lege ciuili suppositam, potius quàm
vacuum & expositum habeatur, & ita natura
ipsa huic ciuili actioni consentire videtur. Fa-
cit quod notat *Bart. in l. 2. in nu. 1. ff. de bono. possess.*
Sic videmus possessionem ciuilem vacan- 14
tem, ipso iure cum naturali coniũgi, nullo etiã
actu vel ciuili, vel naturali, imo nec voluntate
explicita interueniente, vt *ff. de acquirend. possess.*
l. sed si volit, in gloss. & ita vltra doctores nostros
habes rationem, quare dominium directum
ad hæredem, & prius in hæreditatem iacentẽ
transferatur rerum hæreditariarum, & quare
etiam dominium directum rerum legatarum
in legatarios ipso iure transeat. Quod si dicas,
in legatario cessare necessitatem transferendi
dominium directum, cùm sit, apud quem re-
maneat, scilicet apud hæredem, vt in *l. non eo*
minus, ff. de rei vend. responderi poterit, cum in
eum esset ciuiliter transferendum, vt dictum
est, melius fuisse, recta via in legatarium transi-
re, vt circuitus vitaretur, vt in *dict. l. à Titio.* ad
quod fac. *ff. de condict. indeb. in l. dominus testamen-*
to, & quod gloss. *penult. notat. in clement. vni, in §.*
fin. de summa Trinitat. & fide cathol. & in clement.
auditor. de rescript. & gloss. in l. interdum ff. de mi-
nor. & gloss. in lege 1. C. de tempor. in integr. resti-
tution. &, si bene consideras, est etiam gloss.
in lege si intra, C. de in integr. restitut. Tiraquel.
in

in tract. de vtroque retractu secunda parte. §. 2. gloss.
prima, num. 24. & nu. 71. & per eundem in fine illius
tractat. q. 5. nu. 25. vbi plures allegat. Sed in pro-
posita specie est textus expressus in *l. 1. C. com-*
15 *mun. de legat. versiculo. Et hæc disponimus*, vt eum
Laus Accursii. intellexit *Accursius*, qui solus leges perfectè in-
tellexit, in *dict. l. dominus testamento. in gloss. fina.*
vbi etiam allegat alias leges, quæ ad hoc pos-
sunt induci.

Verum tamen est, quòd licet dominium v-
tile, & directum ex vltima voluntate per legem
sine apprehensione possessionis transferatur,
non tamē ita perfectè acquisitum videtur, sic-
ut acquiritur, si iure gentium per apprehen-
sionem quæratur, ideò tale dominium cum
16 hypothecaria vtili, & actione personali con-
currere potest, vt in *dict. l. 1. & in d. l. fi. C. de sacro-*
sanct. Ecclesi. quod non esset, si iure gentium
plenè, & non iure solo ciuili esset acquisitum,
vt optimè declarat *Ioann. Fabr. in §. sed olim. insti-*
tu. de legat. Bart. etiam in *dict. l. fin. C. de sacrosanct.*
Ecclesi. nu. 15. per text. notabilem, quem adducit
in argument. in *l. in bello. § si quis seruum. ff. de capt.*
& postlimi. reuer. quem in varijs locis maximè
doctores commendant, plures (vt solet) con-
gerit *Tiraquel. in tracta. de vtroque retractu. 1. part.*
§. 1. in glos. 7. num. 70. & est optimus tex. in *l. ter-*
tia in fin. vbi glos. C. de his, quæ vi, metusve ca. fiunt.

Maximæ autem vtilitatis est, vt Ecclesiæ de-
tur hoc hypothecæ priuilegium in *d. l. fina. C. de*
sacrosanct. Ecclesi. plures enim vtilitates hypo-
17 theca parit, quam sola acquisitio dominij, cum
ex ea Saluianum interdictum, quod possesso-
rium est, producatur, ex quo tot vtilitates ho-
die eliciunt doctores recentiores, vt si eas con-
siderassent antiqui iuris consulti, longiorem
tractatum, quàm ad senatus consultum Tre-
bellianum, vel legem Falcidiam, ad Saluianum
interdictum composuissent, nec ita neglectum
& sterile reliquissent, nec dignum, vt in Iusti-
niani C. de eo specialiter tractaretur, sed ac-
cessorie simul cum precario, & quod in ff. apud
titulum de migrãdo collocaretur, in quo licet
aliquantum à nostro argumento digredi vi-
deamur, tamen, quia & ad intellectum *d. l. fin.*
& bonorum Ecclesiasticorum naturam, &
actiones pertinet, & vtilitas huius articuli hoc
exigit, nonnihil in hoc morabimur.

Videamus ergo, an Ecclesiæ ex priuilegio *d.*
18 *l. fina.* Saluianum interdictum detur: & virum
regulariter omnibus hypothecariam habenti-
bus hoc remedium competat, & imprimis tex.
habemus expressum in *l. 1. C. de precario, & Sal-*
uiano interdict. qui vult Saluianum interdictum
solum in materia locationis, & conductionis,
nec alij habenti hypothecam dari. inquit enim
lex. si te non remittente pignus, debitor tuus
ea, quæ tibi obnoxia sunt, venumdedit, inte-
grum tibi ius est, ea persequi non interdicto
Saluiano (id enim tantummodo aduersus con-
ductorem, debitoremve competit) sed Seruia-
na actione, vel quæ ad exemplum eius institui-
tur vtilis aduersus emptorem exercenda est.]
Ecce textus expressus, quòd habens hypothe-
cam aduersus alium, quàm conductorem non
habet Saluianum interdictum, sed Seruiana a-
ctione, vel quasi Seruiana, quæ vtilis est, vti de-
bet. Nec intellectus glos. ibidem potest susti-
neri, scilicet quod denegetur interdictum Sal-
uianum directum, vtile tamen competat, quia
esset ineptissimum volentem agere Saluiano
remittere ad actionem hypothecariam, seu
Seruianam directam, vel vtilem excludendo
cum à Saluiano interdicto, si vtile ei Saluianũ
competeret, voluit ergo lex excludere tam ab
vtili, quam à directo Saluiano, cum loco eius
substitueret aliam vtilem, vel directam actio-
nem, alioquin solam directam Seruianam sub-
stituisset. Denique ibidem excluditur à Saluia-
no directo, & loco ipsius Seruiana directa, & à
Saluiano vtili, & loco eius vtilis Seruiana con-
ceditur. Præterea si vtile Saluianum ibidem
competeret, inique à iudicio Saluiano repelli-
tur, quia, vt sustineatur iudicium ex actione
simpliciter intentata, sufficit, vt ea actio vel di-
rectè, vel vtiliter competat. argumento text. in
l. sed & si possessori in §. item si iurauero. ff. de iure iu-
rand. quod apud omnes extra omnem est con-
trouersiam, vt apparet ex ijs, quæ *Iason in l. 2. §.*
& harum. col. 8. num. 32. de verbo. obligatio. & Pinell.
in l. 1. secunda parte, de bon. mater. nu. 8. cum verum
sit eum, cui vtile Saluianum interdictum com-
petit, posse simpliciter interdicto Saluiano in-
tendere, maximè cum formulæ actionum fue-
rint sublatæ, & hoc in terminis declarat *Bart.*
melius quam supradicti in *l. 1. num. 23. & 24. ff. de*
actio. & obliga. manifestè ergo apparet *in dict. l. 1.*
C. de precar. & Saluia. interdict. tam vtile, quàm
directum Saluianum habenti hypothecam ex
alia causa, quam ratione locationis, vel condu-
ctionis, denegari. Nec hoc est sine ratione, quia
Saluianum interdictum, quod possessorium
est, in locatione nititur, cum res inuectæ, & il-
latæ in rem conductam, quæ domino sint hy-
pothecatæ, vt in *l. certi iuris. C. locat.* quodam-
modo possessæ fuisse videntur, cum domum
ante conductam, quam tu tenes, ego per te
possideam, vt in *l. quamuis. §. quod per colonum. ff.*
de acquir. posses. cum alijs. Ideò res ibidem indu-
ctæ etiam quodammodo videntur possessæ,
quasi possidens continens, & contētum etiam
possidere videatur. vt *d. Bal. in l. de his. C. de furtis*
per Alex. in l. 3. colu. fin. ff. de acquiren. possess. licet nõ
sit hæc possessio verè, quia est adipiscendæ hoc
interdictum, quamuis *Cynus* id admittat *in dict.*
l. certi iuris, vt res inductæ in rem conductam à
domino prædij possessæ sint, quod non est ve-
rum, & vt *ibidem* dicit *Bald.* fabulatur in hoc
Cyn. quia non animo tradendi domino præ-
dij inducuntur. Negari tamen nõ potest, quòd
est causa quædam illa inductio, in qua Saluia-
num interdictum possessorium ad res ibi illa-
tas coloni pro pensionibus rei locatæ inniti-
tur, vt sentit *Bar. num. 2. 5. & 6. in l. solutum. §. solu-*

tam.ff.de pignor.actio. Quid enim interest inferantur volantate eius in domum eius, an ei tradantur,] vt inquit *Vlpianus in l.si ego in §. dotis in verbo. quid enim. ff. de iur. do.* Ideò interdictum istud ad materiam solum locationis pertinet, eaque ratione continuatur, & quasi coniungitur cum titulo *ff. de migrando*, qui ad eandem causam pertinet, & cum *titul. C. de precario*, quia precario quodammodo est tua detentio, & non tibi, sed dominum agnoscens, detines. Itē quia æquum erat, vt pro re temporali, & annua breue, temporale, & possessorium remedium contra conductorem pro pensionibus daretur, cum de facto, & sibi ius dicere propria authoritate ob cessationem in solutione pensionis permutatur, vt in *l.æde. C. locat.* quæ omnia cessant in hypothecis, quæ ex alijs causis, quàm locationis oriuntur, quia cum eis Saluianum interdictum nihil commune habet. Quod etiam ostenditur, quia *Iulianus in l.1. ff. de Saluian. interdict.* Saluianum interdictum vtile concedit locatori non solum contra colonum pro rebus inuectis, & illatis, sed contra eum, qui ab eo emit, & ita apparet, quod omnes extensiones, quæ fiunt Saluiani interdicti, ad materiam locationis tantum pertinent, & ita speciale remedium est Saluiani interdicti, siue vtile sit, siue directum pro rebus inuectis, & illatis in rem locatam, non autem ad alias res pertinet. Et ita loquitur tex. qui ita debet intelligi in *l.1. C. de precario, & Saluian. interdicto*, in quo creditori volenti agere Saluiano interdicto ratione hypothecæ sibi ex aliquo contractu competenti respondetur, non Saluiano interdicto agere posse, cum hoc solum ex causa locationis detur, sed hypothecaria vtili, vel directa agi debere, licet *glos.2. & 3. ibidem* intellexerit totam legem de locatore, sed ille intellectus verus non est, habet enim illam difficultatem, quam supra posuimus. cui glos. & doctor. malè satisfaciunt, nec potest satisfieri.

Et hæc opinio, quod dictum interdictum in alia materia non competat, adeo vera est, vt *Petrus, & Cyn. in dict. l. certi iuris.* voluerint debere restringi ad locatorem prædij rustici, non vrbani. Locatori enim prædij vrbani, nec vti-
19 le, nec directum competere, sed *Bal. numero* 12. tenuit, dari directum pro inuectis in prædium rusticum, vtile pro inuectis in prædium vrbanum. Quod etiam tenuit *Salic. ibidem. & glos. in dict. l.1.* quæ contra tertios possessores vtile interdictum concedit, solum in materia locationis id admittit, quod apud doctores antiquos adeo verum est, vt *Speculator*, qui nihil intactum relinquit in *titu. de loca. §. postquam, numero 30. & 31.* ponens libellum in Saluiano interdicto vtili, & directo semper exemplificet in rebus coloni inductis, vt si ab eo possessæ sint, sit directum, si ab alio, sit vtile Saluianum, nunquam tamen extra materiam conductionis, & *Prat. Papien. in form. lib. in actio. hypothe. in Saluian. interdicto.* semper in materia coloni loquitur. & iux. terminos *l.2. ff. de Saluia. interdict.* & ita habemus post *Rofre. ibi Speculator. glos. Petr. Cyn. Bald. & Sal.* qui transeunt cum glo. *Fab. & Ias. in §. item Seruiana, nu. 100. de actio.* qui istud interdictum solum in materia locationis admittunt. Quod *Azo in summa* etiam tenuit, siue loquamur de directo, siue de vtili, nec immeritò: quia licet actio vtilis, vbi verba deficiant, ex eadem ratione, & mente legis competat. argumen. tex. in *§. cæterum. Insti. de l. Aquil. & l. quoties. ff. de præscript. verbis. glos. in l.3. in princ. ff. de nego. gest. & in l. si quis id quod. ff. de iurisd. omni. iud.* Tamen (vt supra diximus) longe alia ratio est in materia locationis, ideò cessat ratio, & mens in alijs hypothecis. Item quia, etiam si esset similis ratio, non tamen actio vtilis deficientibus legis verbis, locum habet, nisi per iuris consultum extendatur, vt inquit Bart. contra *glos. ibi. nu.5. in l. curatoru. C. de nego. gest.* non autem reperitur in iure, quòd aliquis iurisconsultus hoc fecerit, nec vllus tex. est in iure, loquens de Saluiano interdicto, qui non loquatur de rebus coloni, vt in *§. interdictum quoque Saluianum, Insti. de interdictis, & C. & ff. per totum.* Imò, vt dictum est *l.1. ff. de Saluian. interdic.* quæ ex extensione concedit vtile Saluianum interdictum in hypotheca orta ex conductione id facit: in quibus igitur casibus lex deficit, non erit nec vtilis actio danda.] inquit *Vlpian. in l. si vero, in §. de viro. ff. solut. matrim.* neque est nostrum leges extendere, vt verbis Bart. vtamur, qui ita inquit per illum text. in *l.1. in fi. C. de iur. & fact. ignoran.* Ideò cum non reperiatur hoc Saluianum interdictum vtile, quod alijs creditoribus, quam locatoribus detur, nescio, ex quo capite hoc interdictum ita vagetur, cum nec legibus, nec etiam authoritate doctorum sit admissum, nam ex antiquis solus Bart. tenuit vtile Saluianum interdictum dari cuilibet creditori habenti hypothecam in *l.1. C. de Saluia. interdic. versic. quaro. & l.1. ff. de eod. titu. num. 2.* contra mentem aliorum omnium, ex posterioribus vero *Angel. de Aretio, num. 9. in §. item Seruiana* idem voluit allegando glos. *Bal. in d. l.1.* cum tamen *glos. & Bal.* sentiat contrarium, nam semper loquuntur in colono, vel emptore coloni. sed opiniones Angeli Aretin. non solent esse angelicæ, cum etiam dicat idem firmare Salic. & tamen *Sali. in 3. oppo.* vbi hoc tangit, apertè dicit contrarium. Verum est quod *idem Sali. in l. certi iuris. C. loca. col. fina.* intelligens, vt puto de Bar. dicit, Imò plus dixerunt aliqui, quod etiam in bonis aliorum debitorum loquitur, vt ibi dicetur. & ita *Salic.* non se firmat, sed remittit se ad ea, quæ dicit *d. l.1. C. de precar. & Saluia. interdi.* vbi expressè tenet, quòd non detur in bonis aliorum debitorum, sed solum conductorum tantum. Ideò melius *Negusant. in tracta. de pignor. 3. memb. 8. partis principal. num. 19.* solum alleg. Bart. pro ista opinione *Rip.* etiam *in l.2. ff. de pignor. num. 19.* qui tenet opinionem Bar. alleg. *glos. & alios in d. l.1.* cum tamen glos. & omnes

& omnes alij. præter Bart. contrarium velint. & ita opi. Bat. est contra omnes antiquos, & est falsa, nam contra Bart. sunt dictæ leges, & fortissimæ rationes. nec curandum est, quòd recentiores aliqui teneant opinionem Bart. ipsi enim non considerant rationes, nec authoritates antiquorum, & decipiuntur in eorum allegatione, vt ex supradictis apparet. & ita opin. Bart. falsa est, & contra communem.

21 Sed esto (vt rem istam penitus dispiciamus) quod opinio Bartoli, sit vera, & quod vtile Saluianum interdictum detur habenti hypothecam, etiam extra locationis, & conductionis materiam, (nam de directo, cum verba legis deficiant, non est quid dicamus) non tamen ita generaliter, & indistinctè est admittendum Saluianum interdictum vtile, sed cum distinctione, nam legatarijs, & fidei commissarijs dari non potest, quia *l.1.C.commu.de legat.* quæ hypothecariam illis concedit non directam, sed vtilem tribuit, idem dicendum est de ea hypotheca, de qua in *l.fina.C.de sacrosanct. Ecclesi.* textus loquitur, cum communicerur ibi illa hypotheca, quæ dict. l.1. erat inducta, & hoc non est dubium, quòd vtilis sit, non directa, cum *d.l.1.* id expresse dicat, & quia non ex conuentione, nec ex expressa voluntate, sed per legem inducitur, quo fit, vt hypotheca vtilis Saluianum vtile interdictum producere non possit. Hypothecaria enim illa per extensionem, & vtiliter inducitur, ideo extensionem aliam sustinere non potest, vt ad Saluianum interdictum vtile trahatur. Non enim datur multiplicatio actionum vtilium, nam enacuatur illa vis hypothecariæ actionis, eò quòd semel parturierat, vt inquit *Bart. in l.1.nu.10.ff.de acti.& obligat.* atque esset monstrum in iure, vt actio vtilis actionem aliam vtilem produceret, ideò opus est, vt ratione hypothecæ interdictum vtile detur, quòd hypotheca sit directa, non vtilis solum.

22 Ita videmus quod si habens actionem cedat, vtilem transfert tantum, & remanet apud eum directa, vt not. in *l.quis ergo casus.ff. de pecul. & in l.3.ff.pro socio*, & illa vtilis, quę apud cedentem erat causalis, efficitur formalis, sed si cessionatius cedat, nihil apud se retinet, quia erat solum apud eum vtilis, quæ vnica sola est, nec materiam propriam, sed mutatam, & extẽsam habet, adeo vt quæsitum sit à doctoribus, vtrũ actio vtilis datiua sit, an natiua, quòd non arbitrabantur habere præexistentem aliquam materiam. de quo per *Bartol. in dicta l.1. & per glos. & docto. in l.ex legato nominis.C.de lega. per glos. & docto. rubr. in fin. C.quorum bonorum.* latè *Bart. in l. prima 2. lectur. C.de actio & obligat. nu.16. cum sequent.* sed licet materiam habeat præexistentẽ, non tamen ea propria est, sed mendicata, quæ alterius formæ capax non est, & ideo Saluianum interdictum, numquam dari potest habenti solum vtilem hypothecam, quia daretur duplex extensio, vna ex hypotheca directa ad vtilem, quæ extensio ponitur in *dict.l.1. C. commu.de lega.* Altera de ista vtili ad Saluianum extra suam materiam locationis, & ita vtile ex vtili produceretur, quod fieri non posse manifestum est. Ideò nec in materia vltimæ voluntatis, nec in materia *l. fin. C. de sacrosanct. Eccles.* Saluianum interdictum poterit competere.

Nec si rectè consideretur, hoc interdictum Saluianum est ita maximi momenti, & vtilitatis, vt vulgo existimatur, quia licet sit possessorium adipiscendæ, vt *Institu. de interdict. §. interdictum quoque Saluianum.* & ideo sufficiat, possessionem solam coloni probari, vt ibi nota. & per *Bart. & Paul. in l.rem alienam ff. de pigno. actio.* & à sententia in eo lata non appelletur, vt per docto. in *d.l.1. C.de preca. & Saluian. interdi.* vbi omnes hoc tenent. Ex quo etiam fiet, cum possessorium sit hoc remedium, exceptiones, quæ requirunt latiorem indaginem, & ius proprietatis respiciunt, repellantur in iudicio Saluiani, & ita communiter solet seruari. Tamen, vt ego existimo, non ita summarium, nec compendiosum est hoc iudicium Saluiani, quia omnia illa, quæ respiciunt proprietatem causæ principalis, idest obligationis, cui pignus accedit, nõ summariè, sed plenissimè, non vnica sententia, sed tribus, etiamsi interdicto Saluiano actum sit, sunt terminanda, & hoc manifestum est, nam hypotheca nõ potest sine principali obligatione stare. *ff. de pignor. in l.res hypothecæ.* & in regula iuris vulgata. quo fit, vt duplex sit iudicium. in primo enim agitur, an obligatio principalis subsistat. vt in *l.1. C.si pignor. conuentio. numerat. pecun.* in quo dubium non est opus esse plenissima cognitione, & tribus sententijs. 23

Hoc enim proprietatis iudicium est hypothecariæ actioni, vel Saluiano præiudiciale, ideò priùs de hoc cognoscendum est plenè, non enim priùs obtinere potest in hypothecaria, vel Saluiano, quàm si probatum fuerit debitum, cui hypotheca accedit. tex. est in *l.fundum Titianum, & in l.fundi quem, in fin. ff. de exceptio.* tex. est *ff. famil. hercis. in l.1. versi. sed si is, qui possidet*, adeo quod cessabit hypotheca, vel Saluianum, vel silebit, donec de debito cognitum sit, vt vult Bart. in ijs præiudicialibus, in quibus, absolutoria lata in prima, parit exceptionem rei iudicatæ, in secunda, vt per ipsum *d.l. fundum colu. si allegat. glos. in l.generaliter, eod. tit. & dict. l.1. ff. famil. hercis.* 24

Sed absolutoria lata super debito consumeret hypothecam, ergo silendum erit in hypothecaria, vel Saluianu interdic. ex ijs, quæ *Bar. ibid. num.9.* & licet videatur, quod hypothecaria cum personali possit cumulari, vt in *authen. de fideiusso. § sed nec. col.1.* quod satis doctores torquet. Id tamen ex eo est, quod videatur esse præparatoria actio personalis ad hypothecariam secundum aliquos, quo casu cumulatio admittitur. vt per *Deci. in l. edita actio. num. 70. C.de edend.* tamen id non impedit, quin plena cognitio debiti præcedere debeat, cum sine debito hypotheca stare non possit. Ideò alij volunt, quod conditionaliter cumulari possint 25

in d. §.*sed neque*, vt per *Paul. de Cast.* de quo in simili supra dictum est prima part. c. 4. nu. 12. alij vero simpliciter, quia est accessoria, vt per *Soc. in d. l. fundum num. 3.* de quo aliàs, nunc autem hoc sufficit quod cognitio super debito principali requiratur omnino, & quod, donec constat de debito sufficienter (quod constare non potest, nisi res sit iudicata) non poterit ad executionem in Saluiano, vel hypothecaria deueniri, nisi quando debitum quis non inficiatur, vt *ff. famil. hercisc. in l. 1.* & ita potest intelligi vltra docto. *d. §. sed nec.* quia ibi non negabatur debitum, sed solum circa hypothecam erat controuersia, & ideo quæstio erat contra quem prius agi deberet. Facit text. notabi. in *l. si possessor. ff. de petitio. hæredit. & in l. non possumus. ff. si pars hæredit. petatur.* Aliter enim intelligendo d. §. vitiarentur plures regulæ impedientes cumulationem, de quibus in *l. edita acti.* denique in debito, cui hypotheca accedit, si hypothecaria agatur, duplex est petitorium iudicium, primú in eo versatur, an debitum sit: secundum postquam constat de debito, de iure hypothecæ quæritur, quia probari debet, rem hypothecæ subiectam in bonis debitoris obligantis fuisse. *ff. de pigno. actio. in l. rem alienam*, hoc secundum iudicium petitorium excusatur per Saluianum interdictum: quia possessorium est, ideo exceptiones respicientes petitorium, nisi in continenti ostendantur, excludũtur. Et in hoc compendiosius hoc remedio agitur, vbi competit, quia non erit duplex petitorium, numquam tamen excusatur plenissima (si negetur) debiti cognitio, sicut, si cum fideiuss. ageretur, posset de defectu debiti excipere, & cognosci de debito deberet, *C. de non num. pecu. in l. tam mandatori.* Ita possessor pignoris de non iure principalis debiti opponere potest, & plene cognoscetur, & tres sententiæ super debito requiruntur, sed post has tres sententias super pignore, si Saluiano interdicto agatur, erit vnica sententia sufficiens & de possessione non de proprietate rei pignori deditæ cognoscetur, nisi in continenti exceptio dominij ostendatur. Et ita habes interpretatam materiam Saluiani interdict.

26 Nec contra supradicta me mouerit, quòd dici solet, in incidentibus non esse opus pronunciare, quia pronunciando super causa principali videtur in incidenti pronunciatum per processum ad vlteriora, iuxta glos. vbi doct. *C. de ordi. iudicio. glos. & docto. in c. 1. extrau. de ordi. cogni. in l. 1. ff. de mino. in l. ait prætor. §. permittitur per Ias. ff. si quis in ius voc. non ier. in l. ex quacumque*, vbi alleg. alios *nu. 45. Felin. extrau. de re iudi. c. suborta. num. 3.* quia id non procedit in materia nostra, in qua causa principalis est debiti, pignoris vero accessoria, ideo, si opponatur, quòd pignus non subsistit, quia nec debitum est, de eo ante omnia cognosci, & iudex imprimis super hoc pronunciare debebit, vt in *dict. l. fundum, & in d. l. fundi. ff. de exceptio. & famil. hercis. l. 1.* qui tex. hoc apertè probant, eritque optima declaratio ad *dict. glo. l. 1. C. de ordi. iudicio.* & licet concederemus, non opus esse pronuntiatione, sed sufficere super pignore pronuntiare, vel hypothecaria, vel Saluiano, videreturque exceptiones procedendo ad ius hypothecæ iudex repulisse: negari tamen non potest, cum sit præiudiciale hoc iudicium, debere plenè de debito cognosci, & etiam, si in Saluiano pronuncietur appellationem dari nõ ratione Saluiani, quod possessorium sit, sed ratione quæstionis incidentis, cui sit præiudicium in proprietate. Et ita intelligi debet, quod dici solet, quòd vbi causa possessorij, & dominij sunt complicatæ, etiam in possessorijs dabitur appellatio, vt notat *Bal. consi. 141. cir. fi. lib. 1. &* 330. ideo, nisi debi- 27
tum fateatur reus, licet neget ius hypothecæ, vel res sit iudicata super hoc, semper appellari poterit, etiam in interdicto Saluiano, vt ferè in ijs terminis respondet *Bal. consil. 331. volu. 1.* Nisi enim pars fateatur semper de incidenti principali, cuius accessorium intentatur, cognosci debet. tex. singu. in *d. l. 1. famil. hercis. ff.* quam valde not. & satis probatur in *dict. l. fundum, & in l. fundi.* & ita intelliges quando dicatur mixta causa possessorij, & petitorij, quod doctores non ita declarant. Nam quod *Augu. Beroi. in suis* 28 *Contra Beroium.*
quæstionibus q. 91. vult, quod si remedijs possessorijs, seu interdictis recuperandæ, retinendæ, vel adipiscendæ reus condemnetur in possessione, simulque in restitutione fructuum à tali sententia possit appellari, quia mixta est hæc cognitio, falsum est hic esse mixturam petitorij, & possessorij, quia in interdictis etiam sua natura veniunt fructus, vt sunt notissima iuris principia. *ff. de vi. & vi. arma. in l. 1. § ex die. ff. quod vi, aut clam in l. si qui puteum. §. quod autem prætor. ff. de interdict. in l. 3. cum ibi notat.* cum ergo ex natura interdictorum fructus veniant, nescio, quo pacto ex fructuum condemnatione mixta causa dicatur, quæ simplex & pura est, nec aliquid extraneum à sua simplici natura contineat. Nam quod *Bald. C. si de momenta. posse. l. vnic. 2. colu.* vult quod ratione fructuum appelletur non id ratione mixturæ Bald. contingere dicit, sed alia ratione id erit, quam *Ripa* ponit in *c. sæpe, col. fin. extrau. de resti. spoliat.* si verum illud dictum sit: sed quia longam disputationem requireret, & maximam difficultatem habere videtur, vt ad rem nostram redeamus, omitto.

Ex supradictis intelliges, quomodo dominium rei emptæ ex fructibus, seu redditibus Ecclesiast. pertineat ad Ecclesiam, ita vt in eam transeat dominium ipso iure, & an sit vtile, vel directum dominium, quod sine traditione quæritur Ecclesiæ, & quomodo etiam cum ipso concurrat obligatio personalis, & hypothecaria. Ex quibus necessariò infertur idem iuris esse de ipsismet fructibus, seu redditibus, quod est de rebus ex eisdem redditibus comparatis, vt dominium saltem vtile eorum sit apud Ecclesiam. Ideoque clericũ ipsos in alios

vsus,

vſus, quam in ſibi neceſſarios, & alios pios expendendo lege iuſtitiæ peccati mortalis, & reſtituendi neceſſitatis reum fieri.

Quinimò, quod fortius eſt, poſſet defendi non ſolum dominium eorum, quæ ex fructibus beneficiorum acquirit clericus, in Eccleſiam transferri, verum etiam poſſeſſionem, exemplo ſerui, vel filij familias, qui ex re peculiari noſtra non ſolum dominium, verum etiam poſſeſſionem etiam ignorantibus nobis acquirunt, vt probatur in *l.1. in §. item acquirimus. ff. de acquiren. poſſeſſ.* vbi ita *Paulus* inquit, Item acquirimus poſſeſſionem per ſeruum, aut filium qui in noſtra poteſtate eſt, & quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, ſicut Sabino & Caſſio, & Iuliano placuit, quia noſtra voluntate intelliguntur poſſidere, quod eis peculium habere permiſerimus,] ſic etiam clericus peculij nomine hæc habere videtur, vt per *tot. extrau. de pecul. clerico.* qui etiam ex re Eccleſiaſtica, (vt dictum eſt) vt ſeruus domino, vel filius patri, ita Eccleſiæ acquirit. Et ſic in hac ſpecie ceſſarent ſupradicta, & dominium, quod Eccleſiæ quæritur, eſſet directum, & non vtile, cum ſimul cum poſſeſſione quæratur, maximè quia, vt in *d. §. item acquirimus*, notant omnes, etiam ſi non ad peculium dictæ res pertinerent, dominium earum, & poſſeſſio per ſeruum, & filium patri, vel domino etiam ignoranti quæritur. Sic dicendum videtur in clerico, vt ſimul dominium & poſſeſſionem Eccleſiæ acquirat illis ex cauſis, ex quibus Eccleſiæ ſolet acquirere, vt exemptis ex fructibus beneficiorum: ſed quia noua eſt hæc opinio, nec per aliquem doctorum noſtrorum tentata, ideo alijs iudicandum relinquo.

CAP. III.

De diuiſione bonorum Eccleſiaſticorum facta per canones antiquos.

SVMMARIVM.

1. *Ante diuiſionem quando bona Eccleſiarum erant communia, clerici ſolum victum, & veſtitum poterant ſibi vindicare.*
2. *Diuiſio non mutauit naturam bonorum, & infra num. 7.*
3. *Quo tempore facta fuerit diuiſio.*
4. *In Epiſcopo, vel clerico non eſt impedimentum teſtandi ex perſona ſua.*
5. *Qui iure ſuo poteſt in vita diſponere, & in morte diſponere poterit.*
6. *Matrimonium in morte contrahi poteſt, & an filij legitimentur tunc in præiudicium ſubſtituti, & quid de voto religionis.*
7. *Diuiſio non mutauit Eccleſiaſticorum bonorum naturam.*
8. *De intellectu cap. final. de his, quæ fiunt à maior. parte cap. latiſſimè.*
9. *Reprobatur intellectus Decij ad dict. cap.*
10. *In poteſtate clerici; & arbitrio eſt, in quos vſus pios ſuos reddit{us} diſpenſet.*
11. *Diuiſio antiqua, clericorum culpa eſt conturbata.*
12. *Pars pauperum an perierit, & cuius damno perierit.*

Qvintum argumentum pro iſta opinione, quod fortiſſimum videtur, tale eſt, non eſt dubium, quòd vbi ante diuiſionem bona Eccleſiarum poſſidebantur in communi, clerici ſolum poterant ex bonis Eccleſiaſticis ſibi neceſſaria in victum, & veſtitum aſſumere, reliqua erant in pauperum ſuſtentationem, & alias Eccleſiæ neceſſitates expendenda. tex. eſt in *canone, quia tua fraternitas, 12. q. 1.* vbi inquit *Gregorius*, Communiter autem viuentibus, iam de faciendis portionibus, vel exhibenda hoſpitalitate & adimplenda miſericordia, à nobis quid erit loquendum? cum omne, quod ſupereſt, neceſſitatibus in cauſis pijs, ac religioſis erogandum eſt, Domino magiſtro omnibus dicente, Quod ſupereſt, date eleemoſynam, & omnia munda ſunt vobis, & *diuus Hieronymus in eadem cauſa 12. quæſt. 1.* cuius verba ſupra retulimus in primo argumento, & nullus eſt, quem ego viderim, qui non fateatur ante diuiſionem factam de fructibus & oblationibus Eccleſiaſticis, inter Epiſcopum, & fabricam Eccleſiæ, pauperes, & clerum, de qua in *canone mos eſt, & in c. vobis, & in cap. Vulteranæ in fin. & in cap. conceſſo. & in cano. quatuor, & in cap. de redditibus, & in cap. cognouimus 12. q. 2.* Epiſcopum & alios clericos vltra ſibi neceſſaria ex communibus rebus vſurpãtes ad reſtitutionem teneri. Hanc enim opinionem admittunt etiam omnes illi, qui attenta diuiſione præfata improbant opinionem archidiaco. & ita expreſsè *B. Tho. 2. 2. q. 185. artic. 7. ſupra allegat. & ibid. Caiet.* affirmant hoc, & *R. P. F. Domi. de Soto. d. lib. 10. de Iuſt. & iur. q. 4. art. 3.* & hoc manifeſtè apparet, quia ex lege iuſtitiæ re communi, non poteſt quis vti, niſi ad eos vſus, ad quos res ipſa deſtinata eſt, vt in *l. Sabinus cum ſua gloſ. ff. commu. diuid. & in §. religioſum, & §. in communem.* vbi bene loquitur *Ioan. Fab. Inſtitu. de rer. diuiſio.* facit tex. cum ſua gloſ. in *l. arboribus in §. nauis. ff. de vſufruc.* & textus in *l. in re communi, & in l. ſed ſi inter me & te. ff. de ſeruitu. vrbano. prædi.* nec enim iure communi, quod priuatim intereſt vnius ex ſocijs, fieri debet, ſed quod ſocietati expedit, vt inquit tex. optimus in *l. actione, in §. Labeo. ff. pro ſocio.* & ita in illo tex. notab. *d. c. res Eccleſiæ 12. q. 1. ſupra alleg.* inquit *Vrbanus Papa.* res Eccleſiæ non quaſi propriæ, ſed vt cõmunes, & Deo oblatæ cum ſummo timore, non in alios, quam in præfatos vſus, ſunt fideliter diſpenſandæ.] Iuſtitiæ enim munus eſt (vt *Cicero* inquit) vt communibus pro communibus quis vtatur, priuatis autem, vt ſuis. 1

2 Sed dicta diuiſio non immutauit dictorum bonorum naturam. Quod patet, quia hæc diuiſio fuit facta tempore Simplicij Papæ, vt probatur in *canone de redditibus ſupra allega. 12. q. 2.* & tempore Gelaſij poſtea fuit etiam ſtatuta, vt in *dict. cano. vobis enim,* vt per *Gregorium in c. cognouimus cum ſequent.* quæ tempora ſupputat *R. P. Dominic. de Soto. in d. q. 4. art. 3.* qui dicit factam fuiſſe diuiſionem prædictam circa annum Domini

mini quadringentesimum septuagesimum, & ita ferè centesimo abhinc anno supra millesimum, post longum postea tempus *in concilio Lateranens.* 2. de quo in *cap. cum in officiis*. secundum canones antiquos, vt ibi refertur, & postea per Innocentium 3. licet malè inscribatur Alex. 3. *in cap relatum*, 2. *extrau. de testament.* fuit declaratum, acquisita ex redditibus Ecclesiasticis mouente beneficiato ad Ecclesiam pertinere, nec de eis disponere posse, & si in diuersis Ecclesijs habuerit beneficia, inter illas Ecclesias esse diuisionem faciendam, secundum congruam æstimationem, vt ibi dicit tex. quod non esset, si fructus beneficiorum, & ex illis acquisita mobilia, vel immobilia, ita fierent beneficiati, vt sunt bona proprij patrimonij, de quibus liberè disponere potest, vt ibidem. Signum ergo manifestissimum est, per diuisionem non esse mutatam dictorum bonorum conditionem.

Item si proprij dicti fructus fierent, & de his disponere possent clerici arbitrio suo, aliquis textus reperiretur in iure, qui dictam dispositionem permitteret, cum tamen in toto iure canonico non reperiatur talis permissio, immò per contrarium prohibetur ne clerici testentur de quæsitis ex re Ecclesiæ, & ex redditibus beneficiorum, vt in *dict. cap. relatum*. vbi textus loquitur de eo tempore, quo erant erecta beneficia, & bona clericis separata, vt hodie sunt, & de quibus est proposita nostra quæstio, & huius nostri tractatus argumentum, vt ex *d. text. in fin.* ipsius apparet. Ergo vetum non est clericum effici dominum fructuum sui beneficij ita, vt liberè possit disponere in vsus, quos voluerit. si enim hoc potest, posset etiam testando hoc facere, vt in *authent. ingressi*, C. *de sacrosanct. Eccles. & in cap. filius noster, de testament.* quod patet, quia impedimentum testandi non est in episcopo, vel clerico ratione suæ perso-
4 næ, cum nec episcopalis status impediat, quominus dominus bonorum esse possit: nisi enim proprio voto quis se astringat ad ea, quæ supererogationis sunt, non tenetur, ita ex consequenti, nec ad pauperratem, vt d. *S. Thom. 2. 2. quæst. 185. art. 6. & F. Domin. de Soto d. lib. 10. quæst. 4. art. 3.* ideò Episcopi, & clerici apti sunt ad dominium bonorum obtinendum, & de eo in vita, & in morte disponere possunt, vt *cap. 1. & cap. quia nos, extrau. de testament. & 12. quæst. 5. per totam*. Si ergo de fructibus beneficiorum non
5 possunt testari, id magis ex rei natura, quam personæ proueniet, nec enim in iure admittitur, vt qui iure suo in vita de aliqua re disponere potest, id in morte facere prohibeatur. nam quæ sanis conceduntur, & infirmis sunt permissa. *l. senium*, C. *qui testam fac. poss.* text. in *l. sanum*, C. *de transact.*

6 Sic videmus, quod proximus morti potest votum religionis emittere, & sicut si sanus corpore esset, obligatur. vt in *cap. sicut*, 2. *extrau. de regularibus*, & eadem ratione, & matrimonium eo tempore contrahi poterit. vt per *Ioan. Andr. in regul. sine culpa, de regul. iur. lib. 6. Cyn. in l. nuper*, C. *de natur. libe.* & latè *Alberic. in l. cum quis, eod. tit. Deci. consil. 175. num. 7.* & per doctores in *l. sed est quæsitum, ff. de lib. & posthum.* & operatur omnes effectus, vt filij legitimati excludant substitutum, quicquid ibidem malè *Socin.* post *Contra Angel. & Soc.*
Angel. qui volunt, quod tale matrimonium fieri non possit, vt filij legitimentur in præiudicium substituti. & *Deci. in cap. in præsentia. nu. 56. de probat.* in eo, quod de matrimonio loquitur, licet in eo, quod de ingressu religionis eo tempore facto, vt non excludatur per eum substitutus, concludit, bene dicat. est enim maxima differentia quicquid *Parisi. consil. 13. num. 56. & Contra*
57. vol. 1. quod non examino, quia est extra no- *Parisi.*
strum argumentum: si aliquando Deus otia dederit, vt alia nostra scripta, quæ nunc propter varias occupationes in puluere iacent, vulgare possimus, latiùs ostendemus, interim sufficiat allegare tex. ferè expressum in *l. filium quem in potestate, § sed cum exhæredatio. in vers. erit ergo venale beneficium, ff. bonorum poss. contra tabul. & cap. de his, de sepultur.* ex quorum concordia veritas opinionis nostræ apparebit. facit text. in *c. fin. 20. q. 3.* ergo disponere clerici possent infirmi, sicut sani, si in bonis non esset aliqua qualitas, vel natura, quæ eos impediret, hæc scilicet, quod domini non sint, alioquin personæ ipsorum hoc tribuere, vt non possint, vt in vita possunt, disponere in morte, esset inuidiosum, quod olim *l. Fusia Caninia* inuidiosè statuebatur, & iustè correctum est, vt *instit. de l. Fusia Cani. tollend.* & in terminis nostris contrarium disponitur in *dict. c. 1. de testament. & in capitulis aliis supra allegat.* & licet *Petrus & Cyn. in authent. licentiam*, C. *de Episcop. & cleric.* dicant inuidiam supradictam induci ab eis, qui dicunt clericos in vita vsufructuarios esse in morte vsuarios, tamen vel id efficiet, vt nec in vita vsufructuarij sint, & ita faciet pro ista parte, vel vt *Bald. ibidem* dicit, ex eo fit, quod in administratoribus potentius est ius in vita, quam in morte, quod istam opinionem confirmat.

Sextò probatur dicta opinio. nam diuisio, de qua in præcedenti argumento, facta fuit ea ratione, vt meliùs Ecclesiæ ministerio, & pauperum necessitatibus prouideretur, vt ex ipsis text. supra allegatis apparet, sicut etiam similiter factum est: vt licet initio orientis Ecclesiæ tempore Apostolorum prædia, & immobilia vendebantur, & pretium afferebatur Apostolis, & Dei ministris, vt pauperibus, & ipsi Ecclesiæ deseruientibus ex illis prouideretur, postea tamen, vt inquit text. in *c. videntes, 12. q. 1.* Videntes summi sacerdotes, & alii, atque Leuitæ, & reliqui fideles plus vtilitatis posse conferre, si hæreditates, & agros, quos vendebant, Ecclesiis quibus præsidebant Episcopi, traderent, eo quod ex sumptibus eorum, tam præsentibus, quàm futuris temporibus plura, & elegantiora ministrare possent fidelibus communem vitam ducenti-

ducentibus, quàm ex pretio ipsorum, cœpe-
runt prædia & agros, quos vendere solebant,
matricibus Ecclesijs tradere, & ex sumptibus
earum viuere.] Et sic ista mutatione vsus re-
rum ipsarum natura non est mutata, nam eo-
dem modo fructus ex eis expendi debent,
quo olim res, & pecuniæ ipsæ expendebantur,
vt in canonibus supra allegatis: ita eodem mo-
do facta diuisione ab Ecclesia in dictas qua-
tuor portiones, natura ipsa rerum Ecclesiasti-
carum non est mutata. Eiusdem enim rationis
7 partes esse solent, cuius est totum, vt *ff. de vsur. l. qui scit, & ff. de rei vendica. in l. quæ de tota. cum multis concordant. allegat. in gloss. dict. l. qui scit. in cap. si ciu·s, vel castrum. vers. ratione de sentent. excommunica. lib. 6.* latè *Philip. Dec. in l. cuius effectus, ff. de regul. iur.* ideo sicut ante diuisionem
fructus omnes debebant in pios & necessarios
vsus, & à canonibus approbatos expendi, ita
etiam post diuisionem quælibet ipsorum pars
eo iure censebitur. & ita dicit *R. P. F. Petrus de Soto supra alleg. in lib. de institut. sacerdo. 2. parte de vita sacerdo. sermone·. de bon. Eccles. & eorum vsu,*
etiam facta quacumque diuisione, & applica-
tis quocumque modo fructibus Ecclesiarum
ministris, non posse licitè ex eis aliud quæri,
quam sustentationem honestam quidem pro
qualitate ministri, & ministerij. Hæc ferè sunt
verba ipsius, diuisio enim hæc sicut de prædio,
quod vt meliùs colatur, diuidi solet, dicimus,
in nihilo mutat rei naturam, vel destinatio-
nem, vt probat textus notab. in *l. Caius Seius, §. Titius. ff. de legat. 2.* & in terminis nostris,
quòd diuisio prædicta non mutauerit Eccle-
siasticarum rerum naturam, sed quòd de por-
tione assignata, quod superfluum est, debeat
in vsus aliorum, cum quibus ante diuisionem
ea portio erat communis, deseruire. text. est
notab. in *dict. cap. vobis enim 12. q. 2.* vbi Gela-
sius, qui ordinauit, vt debeant fieri dictæ por-
tiones fructuum Ecclesiasticorum inter Epi-
scopum, clerum, pauperes, & fabricam, dispo-
nit, quod si de quarta, quæ obuenit fabricæ,
aliquid ex annua impensa supererit, vel reser-
uetur, vt si maior emerserit fabrica, possit ei-
dem deseruire, vel ematur possessio, quæ vtili-
tates respiciat communes. Eadem ergo ratio-
ne, si de parte pauperum, Episcopi, vel clerici
aliquid superfuerit, vel seruabitur necessitati-
bus ipsius cleri, si se insinuauerint, vel in com-
munes vsus rebus emptis erunt redditus am-
pliandi. Non ergo diuisio naturam rerum Ec-
clesiasticarum mutauit. Et hoc etiam in casu
contrario, quod ex portione applicata clericis
debeat etiam prouideri fabricæ Ecclesiæ, si in-
digeat, probatur per text. notab. in *cap. final.*
8 *de his, quæ fiunt à maiore parte capituli.* quem ad
hoc not. *D. Martinus Nauarrus in d. tracta. quæst. 1. numero 39. in fin.* allegando Abba. qui eum ma-
ximè commendat in *cap. cum omnes, de constitut. col. 3. & ibidem Felin.* vbi probatur, quòd, si fa-
brica Ecclesiæ indigeat, potest Episcopus cum

maiori parte capituli ex portione capitulari ali-
quid applicare, in præiudicium etiam partis
minoris repugnantis. ex quo apparet, ea bona
eius esse naturæ, & ad dictos vsus videri desti-
nata, ad quos socius inuito socio, potest vti, vt
supra dictum est, alioquin si non esset talis na-
turæ, potior esset conditio cuiuslibet contradi-
centis, si sua interesset, quam aliorum consen-
tientium, vt in *l. Sabinus. ff. commun. diuidun. & in l. per fundum ff. de seruit. rustic. prædi.* text. nota-
bil. *in l. si priuatus ff. qui & à quibus mann. libe. non fiant, & in l. si autem plures, ff. de aqua pluu. arcend.*
text. vbi *Dyn. & alij in regul. quod omnes tangit. de regul. iur. lib. 6. & cap. cum omnes, de constitutio. fab. in §. ex non scripto, num. 11. institut. de iur. natural. gent. & ciuil.* per recentiores in *dict. cap. cum omnes, & in l. suum hæredem. §. fina. de pact. & in l. maiorem, & in l. rescriptum,* & ita *Abb in cap. cum omnes*
intelligit *dictum c. fi. de his, quæ fiunt à prela.* quòd
ideo ibidem id fieri potest, quia disponitur de
re ad vsum, ad quem destinata est, & licet ali-
qui ex recentioribus ibidem, vt *Decius 3. col.* di- 9
cat illum tex. intelligi ex noua prouisione sum- *Contra Decium.*
mi Pontificis, id tamen nihil promouet, ne ille
tex. probet dictam conclusionem, quia Ponti-
fex id non statuit sine ratione, & id vult esse ius
commune, cuius ratio non potest aliunde sum-
mi, nisi ex natura Ecclesiasticorum bonorum:
nec me mouet, vt ab hoc intellectu recedam,
alia subtilis ponderatio Decij, qui vult contra
Abbatis opinionem non posse dici in dict. cap.
fina. Ideò maioris partis voluntatem in præiu-
dicium aliorum attendendam, quia vtuntur
de re ad vsum, ad quem est destinata, quia si
hoc esset verum, non requireretur consensus
maioris partis, sed sufficeret voluntas cuiusli-
bet, quæ sufficere solet etiam alijs inuitis, vt
res in vsibus destinatis versetur, vt *l. vel quæ pater in §. primo. & l. si plures, & l. sunt personæ. ff. de religios. & sumpt. fune.* non enim *Decius* conside- *Contra Decium.*
rat, nec rectè perpendit, quòd licet vsus desti-
natus fructuum, seu redditUum Ecclesiastico-
rum sit, vt in pauperes, Episcopum, clerum, &
fabricam expendantur, tamen esse aliam desti-
nationem specialem, facta dicta diuisione, se-
cundùm quam est alia magis specialis proui-
sio, per quam in *dict. cap. fin.* fructus illi cle-
ro specialiter, & principaliter erant destinati,
vt ex illis sustentarentur, à qua destinatione
speciali non est recedendum, nisi constet su-
perfluere in illum specialem vsum, & indige-
re fabricam, ad quod iudicium interponen-
dum, non cuiuslibet sententia sufficiet, sed ma-
ioris partis, cum id non simpliciter & ex sola
assertione verum sit, sed ex causæ cognitione
dependeat. Ideò maioris partis consensus
est necessarius, maximè quia licet verum sit,
clericum superflua in pios vsus debere dispen-
sare, non tamen astringitur, vt magis in hos,
vel in illos vsus dispenset, vel in fabricam,
vel in hospitalitatem peregrinorum, vel in
pauperes, vel in captiuorum redemptionē, vel

alia similia, sed illius pendet arbitrio, vt dicit *diuus Thomas quodlibet. 6. articul. 12. ad 3.* & ex mente plurimorum decretorum, 12. *quæst.* 2. colligitur, quod sequitur bene *Domin. Martin. in dict. tractat. quæst.* 1. *numer.* 60. ad priuandum ergo clericum hoc arbitrio, opus est, vt interueniat causa, cuius dijudicatio non vnius, vel alterius, sed maioris partis sententiæ est committenda. Et hic est notabilis intellectus *dict. c. final.* quod doctores nostri non satis explicant, & hoc ita probatur. nam, vt supra etiam vidimus contra gloss. in *l. cum hi, § eam transactionem, ff. de transaction.* non sufficit, vt alienatio rei Ecclesiæ in vtilitatem vergat Ecclesiæ, nisi cum solennitate, & interuentu eorum quibus à iure hæc res commissa est, ea alienatio fiat. non enim sufficit vtilitas, nisi ab ijs, quibus hæc res à iure committitur, vt talis approbetur, vel iudicetur. Tunc enim actus perfectus efficitur, cum causa solenniter est approbata: ita in specie *dict. c. final.* non sufficit, vt necessitatis causa subsistat, vt bona sustentationi clericorum applicata, in fabricam conuertantur, nisi iudicio maioris partis, vt talis approbetur. & iste est vetus illius text. intellectus, licet doctores nostri, non satis sint assecuti. in cuius intellectus confirmationem etiam adduci potest text. ille notabil. in *l. si hominem, ff. mandati,* vbi probatur, quòd procurator specialis, cuius alias semper est potior potestas, vt in *l. in toto iure, ff de regul. iur. in l. doli clausula, ff. de verbor. obligation.* potest impediri à procuratore generali ex superuenienti causa iuxta not. *Bartol. in l. ambitiosa, 3. column. de decret. ab ordin. faciend. Bald. in l. 1. C. aur. aur. anulo. Paul. de Castr. in l. duas, ff. de petitio. heredit. & doctor. in varijs locis. Felin.* aliqua refert *in cap. 17. column. extrauag. de constitut.* latiùs *Tiraquell. in tractat. de temperan. pœn. l. in præfat. numer. 25. cum sequent.* nimirum si in *dict. cap. final.* recedatur ab illa facultate speciali, quæ concessa est clerico, vt de parte ad eum pertinēti liberè ad pios vsus, quos velit disponat, & restringatur, vt in certum, & præscriptum vsum aliquid de ea dispensetur: ad hoc tamen faciendum iudicium maioris partis, vt ibi dicitur, est necessarium, quia præcipuè ad alium vsum scilicet ministrorum erāt destinata. deinde vero quatenus eis superest, in alios vsus pios arbitrio eorum sunt expendenda, nisi necessitas aliqua vrgeat maioris partis iudicio approbata, quæ istud arbitrium determinet & restringat.

11 Septimum argumentum, quòd non minus pro ista opinione vrgere videtur, tale est, quicquid effecerit dicta diuisio, & esto quod per eam portio clerico applicata libera effecta sit, tamen hac diuisione hodie clerici se iuuare non possunt, cum hæc ratio sit conturbata, & ad proprium statum culpa eorum reuersa res videatur, vbi enim est illa pars quarta, quę pauperibus fuit destinata? vbi fabricæ port[illegible], quæ æquales Episcopi, & clerici portionibus esse debent? nec dici poterit has partes periisse, idque periculo dominorum, nempe pauperum, & fabricæ, quamuis enim hoc iuri consentaneum sit, vt res pereat periculo domini, vt *C. de pignor. action. in l. pignus cum concordant.* & ita videatur, quod siue perierit hæc pars, siue non compareat, quod idem est. *ff. de contrahend. emptione, in l. in lege, & in l. Rutilia Polla.* pauperibus, & fabricæ perijsse. quod clarissimis verbis admittere videtur *Frater Dominicus de Soto, de iustit. & iur. lib. 10. quæst.* 4. vel si culpa Prælatorum, vel clericorum perijt, quibus pauperum portio dispensanda erat commissa, vt infra dicemus, non videtur præsentibus Prælatis, & clericis prædecessorum culpa imputandum. Sunt enim officiorum, & beneficiorum successores, non culparum, vt in *cap. 1. de solution.* tamen hæc dicere non possumus, primò, quia dicimus non esse verum, has portiones periisse in locis maximè, in quibus hodie decimæ soluuntur, & oblationes, à fidelibus dantur, quarum etiam portiones, seu partes præfatæ fieri debent, vt *in dict. cap. quatuor.* expressè dicitur, & in *dict. capit. de redditibus,* & idem in locis, in quibus decimæ non soluuntur, nec oblationes dantur, quoniā bona Ecclesiæ, quomodocumque sint, quæsita sunt eiusdem rationis, vel conditionis, & non solum omnia, quæ tempore diuisionis erant in bonis Ecclesiarum, verum etiam ea, quæ à fidelibus quoquo modo denuò conferuntur, in dictas quatuor partes diuidi debent. textus notabilis *in dicto cap. cognouimus,* 12. *quæst.* 2. vbi inquit *diuus Gregorius:* Cognouimus de redditibus Ecclesiæ nouiter acquisitis ad canonicam dispositionem quartam minimè prouenire, sed Episcopos locorū distribuere tantummodo quartam antiquorum redditūum, nunc vero quæsita suis vsibus retinere, quam rem prauam, subintroductamque consuetudinem paternitas tua viuaciter emendare festinet, vt siue de prioribus redditibus, siue de his, quæ obuenient, vel obuenientibus quartæ, secundum distributionem canonicam dispensentur: incongruum namque est vnam, eandemque Ecclesiæ substantiam duplici quodammodo iure censeri.] Hucusque *D. Gregorius:* & ita videmus, quod vt inuiolatè prædicta diuisio seruetur de relictis Ecclesiæ Episcopus habet suam quartam portionem, vt in *cap. quæsisti. extrauag. de testament. & in cap. conquerente, de offic. ordin. & in c. de quarta de præscript.* vbi recentiores, & alij in *tracta. speciali, de canon. portio. Episcopal.* ex quibus manifestè apparet, decreta supra allegata de diuidendis in quatuor partes bonis Ecclesiæ, aliquando fuisse executioni demandata, licet non defuerint viri doctissimi, qui negent prædicta decreta vnquam fuisse vsu recepta, quòd apertissimè falsum est. cum ergo hodie portio pauperum, Ecclesiarum, & fabricæ non compareat, euidens est, conturbatam esse dictam diuisionem, quo fit, vt nō minus portio pauperibus debeatur,

tur, ac si separata inueniretur: nam si vinum meum, vel granum cum tuo misceatur, si non nostra voluntate commixtio fiat, non efficit, quin retineatur dominium pro portione cuiuslibet, vt *institut. de rerum diuision. §. quod si frumentum.* facit textus in *l. arbor, in §. 1. ff. commun. diuid. in versic. quare,* vbi inquit textus, Sicut duabus massis duorum dominorum conflatis tota massa communis est. item damnum & periculum omnibus socijs debet esse commune, vt in *l. sed postquam, ff. commun. diui.* Item, cum cura harum portionum, vt suprà dictum est ad præfatos prælatos pertineat per textum in *cap. videntes, & cap. Episcop. & cap. expedit. 12. quæst. 1. & cap. vobis enim, & cap. Vulterana, & cap. præcipimus, & in cap. quatuor, & cap. de redditibus, 22. quæstion. 2. & cap. Episcopus 10. quæst. 2.* verisimile est eos cum parte sua coniunxisse, vel inter eos, & clerum diuisum fuisse, & fabricam, & pauperes, culpa pastorum, qui in eorum perniciem luporum officium exercuerunt, his portionibus priuatos esse. Ergo ex rigore iustitiæ, etiam si confusio talis effecerit, vt illa pars commixta cum suis portionibus ipsorum propria effecta sit, iuxt. text. in §. *cum ex aliena materia. cum sequen. inst. de rer. diuisio.* excusari non possunt. esto quod cum eis sommo iure non agatur ad totam portionem restituendam, saltem id, quod superest sibi, in fabricis & pauperibus sustinendis, quare non impendatur? licet enim prædecessorum suorum culpa hoc euenerit, tamen quatenus culpa, vel delicto suorum prædecessorum est aucta eorum portio, & sic quatenus ad eos peruenit. Ipsi etiam ex facto prædecessorum tenentur iuxta iuris regulas manifestas, vt probatur in *l. sed etsi ex dolo, in princip. & §. item si quid, ff. de petition. hæreditat. & in l. si rem, & pretium, & in l. vtrum in princip. & in §. final. cum legibus sequentib. & l. duo, in §. final. ff. ad exhibend. & l. inde Neratius, in §. hanc actionem, ff. ad l. Aquil. l. 3. in §. ex furtiua, ff. de pecul. & l. prætor ait in §. hoc interdictum, ff. de nou. ope. nu. & l. si publicanus, ff. de publica. & vectig.*

CAP. IV.

De intellectu cap. 1. de Eccles. ædifican. & an ad eleemosynam possit dari actio, & an lex iustitiæ obliget semper ad restitutionem.

SVMMARIVM.

1 *De intellect. cap. 1. de Eccles. ædificand.*
2 *Pauperes non habent actionem pro eleemosyna exigenda.*
3 *In extrema necessitate existenti, an detur actio pro eleemosyna.*
4 *Omnia sunt communia in extrema necessitate existentibus.*
5 *Lege iustitiæ tenetur quis facere eleemosynam, existenti in extrema necessitate.*

Franc. Sarmient.

6 *Lex iustitiæ non semper obligat ad restitutionem.*
7 *An alimenta debeantur parentibus iure naturæ, vel solum ratione naturali.*
8 *Decimæ sunt institutæ in clericorum & pauperum sustentationem.*
9 *Opinio, quam postea tenuit Archidiaconus, fuit Gratiani.*
10 *Assignatio rerum à patrefamilias facta, non transfert in filium, vel vxorem plus iuris, quàm prius habebant.*
11 *Maiores præferuntur in administratione.*
12 *Clerici egentes debent sustentari à parochianis.*
13 *Clericorum, Episcoporum, & pastorum nomen à dominio esse semotum.*

OCtauo comprobatur hæc opinio per 1
textum notabilem in *cap. 1. de Eccles. ædificand.* qui text. sumitur ex *concilio Maguntin. canon. 42.* tempore Leonis tertij, & Caroli Imperatoris, vbi inquit textus. Quicumque beneficium Ecclesiasticum habent, ad tecta Ecclesiæ restauranda, vel ipsas Ecclesias emendandas omnino adiuuent.] Hæc sunt verba *dicti cap. 1.* licet in *dict. cano. concilij* addantur hæc verba, & nouam decimam reddant,] quæ non fuerunt translata in *dict. cap. 1.* quia fortè illius decimæ numquam fuerit habita ratio, nec vsu recepta fuerat, sed, id quod de collatione, quam beneficiati debent facere pro reparatione Ecclesiæ, & ita ille textus videtur decidere istam quæstionem. nam ibi loquitur eo tempore, quo beneficia iam erant erecta, & ita portio certa beneficiati mensæ applicata, & tamen lege iustitiæ compellitur contribuere ad reparationem Ecclesiæ, seruata tamen sibi sustentatione necessaria, licet ibi non exprimatur. nam hoc ex alijs canonibus colligitur, in pari enim causa necessitatis, potior est conditio possidentis, vt regulis vulgatis, & vt infra dicemus, partis sibi necessariæ dominus est, nec aliquis est qui hoc non fateatur. nam hoc ius etiam vsuarij est, & lege iustitiæ, & charitatis, vt *C. de seruit. & aqua in l. præses, cap. si non licet, 23. quæstio. 5. in l. si quis à liberis, §. fin. l. ff. de lib. agnoscend.* & in terminis nostris est textus in *cap. de his, de Eccles. ædificand.* vbi beneficiatus tenetur ad fabricam, si ei aliquid supersit ex redditibus beneficij, vt dicit bene *Siluester in verbo Ecclesia, 2. versicul. 6. & versic. 4. quæritur.* Et eadem ratione, cum egentes, & fabrica æquali iure vtantur in bonis Ecclesiasticis, vt *dictis canoni. 12. quæst. 2. cap. quatuor, cum alijs supra allegatis,* lege etiam iustitiæ egenis de superfluis subuenire tenebitur, sicut fabricæ tenetur. ex quo redditur dubia opinio gloss. in *cap. sicut, 2. 47. distinct.* quæ vult, paupe- 2
res nullam habere actionem ad eleemosynam exigendam, quod etiam alij doctores tenent *Abba. in cap. si quis propter necessitatem, de furt. extrauagant. post gloss. in capit. domino sancto. verbo necesse 50. distinctio. & gloss. in lege nemini, C. de sacrosanct. Eccles. gloss. in capit. ius naturale, 1. distinctio. in verbo communia. Antonius de Burgos post Abbatem in capite primo, numer. 25. de emptione & venditione.* plures allegat *Andreas*

Tiraquell. in suo tractatu de nobilitate, in capit. 29. in numero 44. tamen dicunt, quòd tales pauperes possunt id denunriare Ecclesiæ, & iudicis officio possunt diuites compelli eo tempore ad subueniendum dictis pauperibus. Omnia enim ea, quæ pietatem respiciunt, officio iudicis Ecclesiastici expediri debent, vt in *l. hæreditas in fi. ff. de petitio. hæredita.* sed illud hac fit de causa, quia ibi non datur specialis persona, cuius intersit, sicut etiam in *l. seruos de aliment. leg.* iunct. *l. quod attinet ff. de regul. iur.* nam si sit, non est ratio, qua ei actio denegetur, quicquid doctor. velint, vt supra probatum est. ad quod facit text. *dict. cap.* 1. nam si Ecclesiæ datur condictio ex illo canone in beneficiatos pro refectione, quare & pauperibus, quorum æqualis est causa, per dictum canonem non dabitur actio? æqualis autem est, vt in diuisione supradicta patet, imò maior est, & vrgentior causa pauperum, vt in *cap. gloria Episcopi. & in cap. aurum Ecclesia habet* 12. *quæstio* 2. cum omnia Ecclesiarum bona pauperum appellentur, vt supradictum est. Si ergo fabricæ actio datur, quare non dabitur pauperibus? nec potest dici, id non iure actionis, sed officio iudicis exigi posse in specie cap. 1. quia nulla est ratio, quando condictio ex illo canone non oriatur, vt in *l. 1. ff. de condictio. ex lege.* pauperibus autem, cum expressum id non sit, sed ex eadem ratione proueniat, vtilis condictio danda erit, vt in §. *fin. cum gloss. instit. de l. Aquilia.*

3 Circa quod considerandum imprimis est, quòd vbi quis esset in necessitate extrema, licet eo tempore magis de facto breui manu procedendum sit necessitate vrgente, quàm longo iudiciorum strepitu, si tamen eò miseriæ deuentum sit, vt in extrema necessitate etiam ad litigandum quis adigatur, actionem non denegandam puto, cum de rigore & necessitate iustitiæ omnes eo tempore ad id teneantur, vt dicit *Cardinal. Turrecrem. in cap. si generalis, in* 86. *distinct. versic. ad secund. in* 8 *conclusione.* quia ciuili, & naturali, & diuino iure quilibet agere potest ad propulsandam extremæ necessitatis iniuriam. Nam cur non poterit iudicio experiri, si propria authoritate id facere potest, cum in tali necessitate omnia sint communia? vt inquit *S. Thom. 2. 2. quæst. 32. artic. 7. ad tertium, & artic. 8. ad primum. & quodlib. 5. quæst. 9. art. 17. Cardin. Turrecrem. in cap. quamobrem, final. column. ad secund. de pœnitent. distinct. 1. & in cap. singulis, 3. column. 86. distinct.* vt probatur *ff. ad leg. Rhod. de iact. in l. si laborante, §. cum in eadem, versic. itidem.* vbi gloss. expressà, verbo conferret, vult, quod ex illa lege compelli possit quis, vt communicet sua, necessitatis tempore, quæ communicatio magis respectu facti dici potest, quia de facto apud illum reperiuntur, quàm quod sua sint, quia in ea specie communia ipso iure omnia sunt, vt dictum est ex diuo Thoma, quia
4 ius positiuum, quod dominia distinguit, quo iure, meum, & tuum dici potest, data extrema necessitate non est considerabile, vt per *Cardinal. Turrecrem.* qui singulariter disputat istam quæstionem in *cap. fraternitas, 12. quæst. 2.* quia in eo casu dominium opponitur directo iuri naturali à quo vitæ conseruatio descendit, & huic consequentia omnia, & necessaria ad eam conseruandam eiusdem iuris naturalis censentur, vt *ff. de iustitia & iure, in lege vt vim,* ita optimè declarat *Cardinal. Turrecrem. in cap. dilectissimus. numer. 2. & 3. 12. quæstion. 2. Cardin. Alexand. in dicto capit. fraternitas.* Ideò in eo casu vim facere, capere, & furari licet per supradicta, licet tunc non possit dici furtum, cum non detur dominium in possidente lege naturæ repugnante, ideo in ea specie lege iustitiæ te-
netur quis eleemosynam facere, & ita iure agi 5
contra eum potest, & actio dabitur: & ita expressè *Caietan. 2. 2. quæst. 118. articul. 3.* probat dicens: & lege iustitiæ teneri, & per iudicem ad id compelli posse, & ita in extrema necessitate opinio gloss. *dict. cap. sicut,* non procedet. vbi verò necessitas non est talis, vt lege naturæ bona communia fiant, ex sola lege charitatis non dabitur actio, nec iudicis officium. Et doctores nostri, qui volunt lege solius misericordiæ, non iustitiæ teneri quem ad subueniendum pauperi existenti in extrema necessitate, apertissimè errant, licet hoc sequantur *R. Dominus Martinus Nauar. in dict. tractat. quæstione 1. num. 16. & in Manual. confesso. cap. 24. num. 5. & Frater Dominic. de Soto de iustit. & iur. libr. 5. quæst. 3. artic. 4. in obiect. & lib. 10. in dict. quæst. 4. artic. 6. & in respons. ad primum, & in 1. conclusione,* quia non est dubium, quod ex lege iustitiæ quis tenetur, quando in re aliena, vel alij debita versatur, vt ad sensum patet. versatur autem in alienis, vel alij debitis bonis tempore necessitatis extremæ, cum sint tunc egentis illa bona, ergo ad ea ei concedendum lege iustitiæ tenetur.

Contra Nauarrum & alios.

Præterea tempore necessitatis extremæ, auaritia opponitur iustitiæ, tempore verò necessitatis nun extremæ opponitur liberalitati. nam in alienis restituendis, nulla liberalitas exercetur. Et, vt nostri dicunt, in necessitatibus nemo liberalis existit, vt in *l. rem legatam, ff. de adime. legat.* nec me mouerit argumentum, quo prædicti doctores inituntur, eo scilicet, quod vbi quis ex lege iustitiæ ad dandum tenetur, si id non fiat, ad restitutionem obligatur, si verò lege charitatis, peccet quidem, sed tamen ad restitutionem non teneatur, vt optimè dicit *D. de Soto dicto loco, & Dominus Martinus supra allegat. in dict. Manual.* sed, vt dicunt ipsi, si quis pauperi in extrema necessitate non subueniat, etiam si ob hoc moriatur, non tenetur restituere id, quod ei dare debuit, vel si quod tali pauperi dare debui, Titio diuiti dedi, nec Titius ad restitutionem tenetur, nec ego, vt ipsi tenent, & verum est. Ergo obligatio subueniendi pauperibus in extrema necessitate existentibus, non ea lege iustitiæ,

sed

ſed charitatis deſcendit. Sed hic ſyllogiſmus, ſeu collectio, vt Vlpiani verbo latino vtamur, *in l. quidam referunt, ff. de iure codi.* licet videatur ex omnibus ſuis partibus conſtare, nihil valet. nam pater filium lege iuſtitiæ, & filius patrem alere tenentur, tamen, ſi id non fecerit, & filius paſſus eſt neceſſitatem maximam, nihilominus numquam ad reſtitutionem præteritorum alimentorum tenebuntur, niſi eorum occaſione æs alienum alendus contraxerit, quia iam neceſſaria non ſunt alimenta præterita, ideò petere ea non poterit, vt dicit notabiliter *Bart. in l. libertis quos, §. 1. numer. 3. ff. de aliment. legat.* facit quod not. *idem Bart. in l. de alimentis. C. de transactio.* vbi *Alexand. & Deci. & Paul. de Castr. l. diuortio. ff. ſolut. matrim.* facit text. *in authent. licet. C. de*
6 *natural. liber.* ibi, opus fuerit,] non obſtat argumentum doctorum, vbicumque lege iuſtitiæ quis eſt obligatus, ſi id, ad quod ea lege tenetur, non præſtet, reſtitutionis vinculo, ſubiectus manet, quia debet fieri diſtinctio in antecedenti: nam dupliciter lex iuſtitiæ aliquem poteſt obligare, vel ſimpliciter, vel in ſubſidium, in prima ſpecie, quando ſimpliciter verum eſt argumentum, in ſecunda verò, quando in ſubſidium eatenus lex obligat. quatenus neceſſitas, cui lex ſubuenire iubet, ſubſiſtat. Nam videmus, quòd liberis, & parentibus alimenta ita debentur, vt ad id compelli ex lege iuſtitiæ per iudices & poſſint, & debeant, vt in *l. ſi quis à liberis, §. ſi quis ex his, de liber. agnoſcen.* vbi inquit *Vlpian.* loquens de parentibus, & liberis. Si quis ex his alere detrectet pro modo facultatum alimenta conſtituentur, quòd ſi non præſtet pignoribus captis, & diſtractis cogetur ſententiæ ſatisfacere,] quod etiam probatur *C. de alend. liber. per tot.*

7 Mitto nunc an parentibus debeantur alimenta iure naturali, vel ſolum ratione naturali, vt voluit *Bart. in dict. l. ſi quis à liberis, in §. parẽs, per text. ibid. & in l. 1. §. huius ſtudii, de iuſtit. & iur.* licet eum acriter reprehendat *R. P. Alphonſus de Caſtro* maximus ſui temporis Hiſpaniæ concionator (ſi D. Gregorium Gallum Reuerendiſſimum Epiſcopum Orioleníem maximum noſtræ ciuitatis ornamentum, ac lumen excipiamus) *in lib. de iuſta hæreti. punit. libr. 2. cap. 26.* tamen *Bart. noſter* defendi poteſt. Quia, vt filius à parente alatur iure naturæ, quę filios imbelles, & egentes produxit, induci neceſſe fuit, ſed vt parentes alantur non natura ipſa ex prima intentione inductum eſt, eſſet enim tunc omnibus animantibus commune, ſed per accidens, & lege Antipelargiæ. Quod hoc animal ſingulariter iſtud præſtet, & ita *Orus Apollo in Hieroglyph.* inquit Φιλοπάτορα βουλόμενοι σημῆναι ἄνθρωπον, πελαργὸν ζωγραφοῦσιν, ὑπὸ γὰρ τῶν γεννησάντων ἐκτραφεὶς οὐ χωρίζεται τῶν ἰδίων πατέρων, ἀλλὰ παραμένει αὐτοῖς ἄχρις ἐσχάτου γήρως θεραπείαν αὐτοῖς ἀπονέμων. Et eſt in prouerbio ἀντιπελαργεῖν. peruetuſta lex ciconiarum inſcripta tabulis, vt *Ariſtoph. in auibus,* quem refert *Franc. Sarment.*

Contra Alphonſum de Caſtr.

Paræmiographus & Plato in Alcibiade ſiue de natura hominis in fine. egere enim parentes non ita natura eſt inductum, vt in *dict. §. huius ſtudij,* ſubſentit *Bartol.* & expreſsè *S. Thom. 2. 2. quæſt. 189. articul. 6. in reſp.* dicit, per accidens tamen parentibus conuenit, vt à filiis adiuuentur, in quantum, ſcilicet ſunt in neceſſitate aliqua conſtituti. Et facit, quod dicit etiam in *reſponſ. ad tertium, in fine, & in quæſtione 26. articul. 9. in fine in eadem 2. 2.* ſicut ſucceſſio, quæ parentibus defertur non ex naturali ordine deſcendit, ſed per accidens, turbato naturæ ordine, vt ibi not. *gloſſ. dict. §. parens,* per textus vulgar. quos allegat, & ita leges, quæ ius naturale referunt, ſemper filiorum educationem, non parentum proponunt, vt apparet ex textu *in princip. inſtit. de iure natura. & Vlpian. in l. ius naturale de iuſt. & iur. & Iſidor. in cap. ius naturale, §. vt viri. 1. diſtinct. & Cicero in officiorum lib. 1.* ideò *Bart.* non ita abſurdè loqui dicendum eſt, maximè quia à mente *Ariſtotelis 8. Ethic.* non eſt alienus, & pro Bartolo eſt textus expreſſus in *l. ſcripto, in §. final. ff. vnde lib.* vbi inquit *Papinianus,* Non ſic parentibus liberorum, vt liberis parentum debetur hæreditas, cum parentes ad bona liberorum ratio miſerationis admittat, liberos naturæ, ſimul, & parentum commune votum.] Et licet ille textus de ſucceſſione loquatur, tamẽ eiſdem regulis, & legibus, & ſucceſſionis, & alimentorum neceſſitas deſcẽdit. Nec ſatis præd. R. pater perpendit quod interſit, aliquid expreſſum eſſe in lege, & principaliter de aliqua re agi, vel ex ſola mente, vel ratione induci, quod apud noſtros vulgatum eſt in *§. final. inſt. de leg. Aquil.* hinc enim oriuntur quæſtiones de actionibus vtilibus, & directis. vt per *Bart. in repet. l. 1. ff. & C. de action. & obligat. poſt gloſſ. in l. ex legato nominis. C. de legat. & in l. 1. C. ex quib. cauſ. tut. haben.* optima gloſ. in *l. curatoris, C. de negot. geſt. Bart. in l. 1. col. 1. ff. vti poſſ. gloſſ. in rubric. in fin. C. quor. bono. & in l. 1. gloſ. 1. C. eod. tit.* & quæ notauimus ſupra cap. 2. nu. 16. per tot. vel *Bartol.* voluit dicere quod filijs lege naturæ alimenta debentur, ea ſcilicet lege quæ communis eſt omnibus animantibus: parentibus verò ratione naturali, id eſt ea lege naturæ, quæ non omnibus animantibus, ſed illis qui ratione vti poſſunt communis eſt, ideoque, & diuino iure illa obligatio ineſt ex illo præcepto quo parentes honorare tenemur. Et ita melior eſt opinio Bartoli quàm D. R. Patris Alphonſi de Caſtro, ſiue igitur ſolis filijs iure naturæ, parentibus vero naturali ratione, ſiue eodem modo vtriſque alimenta debeantur, egentibus tamen vtriſque ſiue naturali ſiue poſitiuo iure ex lege iuſtitiæ deberi dubium non eſt. Nam, vt inquit egregiè *F. Dominic. de Soto lib. 5. de iuſtit. & iur. lib. 4. quæſt. 3. art. 4.* nemo ad id poteſt cogi, ad quod ex ſola charitate tenetur, ſed ad id tantum, ad quod de iuſtitia obligatur, ſed alere parentes, vel liberos, à iudice compelli poteſt, vt dictum eſt, ergo ex lege iuſtitiæ tenetur.

Non tamen ſimpliciter, ſed in ſubſidium, ſi
indigeant,& *Vlpian.* eleganter *in d. l.ſi quis à libe-
ris,§.ſolent,verſ alimenta,& in §.ſed filius aſſeuerat,*
inquit enim,Sed ſi filius poſſit ſe exhibere,exi-
ſtimare iudices debent, ne non debeant ei ali-
menta decernere. denique idem diuus Pius ita
reſcripſit ad Titianum, competentes iudices
ali te à patre tuo iubebunt pro modo faculta-
tum eius, ſi modo cum opificem te eſſe dicas,
in ea valetudine es, vt operi ſufficere non poſ-
ſis,]de quo, vt ſolet, omnia congerit diligen-
tiſſimè *Tiraquell.in tract. de nobil.cap.*20.*nu.*100.
& 76.*&* 90.cum igitur ad præterita non detur
neceſſitas, conſequens eſt neceſſarium, quòd
ad reſtitutionem præteritorum alimentorum,
etiam ex lege naturali, & iuſtitiæ debitorem
non tenebitur, vt *dict. Bartol. ſupra allegatus,* &
hæc eſt melior ratio ad *deciſ.* 10. *de iudic. inno.
incipient. monachus.* quàm illa, quæ ibi ponitur.
Non igitur bona eſt conſequentia, ſi quis o-
mittat ſubuenire exiſtenti in extrema neceſſi-
tate,ad reſtitutionem non tenetur, ergo ad id
lege iuſtitiæ non tenebatur, quia vt probaui-
mus in filio, & patre, & abbate in dicta deci-
ſione,qui lege iuſtitiæ tenentur,apparet falſam
eſſe iſtam conſequentiam: ſic erit verum,quòd
lege iuſtitiæ, ſubuenire exiſtenti in extrema
neceſſitate, qui facultatem habet, teneatur,
cum eo tempore re ſua pauperem iniuſtè pri-
uet, & auaritia tunc non ſolum legi charitatis,
ſed iuſtitiæ ſit oppoſita: ſed ad reſtitutionem
non tenetur, quia vel mortuo paupere, vel a-
liàs ceſſante neceſſitate lex iuſtitiæ, quæ ſubſi-
diaria erat, ceſſat. Non tamen ideò minus lex
iuſtitiæ illa eſt,qua tunc id facere compelli po-
terat, ſicut leges iuſtitię,vt diximus & illæ ſunt,
quibus patres, & filij compelluntur ſe inuicem
neceſſitate ſubſiſtente alere. Et ita falſum eſt,
quod prædicti doctores dicunt ex ſola lege
miſericordiæ, non ex lege iuſtitiæ teneri ad e-
leemoſynam exiſtenti in extrema neceſſitate
elargiendam. verum tamen eſt, omiſſa dicta e-
leemoſyna ad reſtitutionem non teneri, licet
lege iuſtitiæ tempore neceſſitatis extremæ co-
gi potuiſſet, iure actionis, vel officio iudicis id
ſit quoad propoſitam noſtram quæſtionem
nihil intereſt, quia, etiam ſi actio detur ſubſi-
diaria actio erit, ſiue officium iudicis ſit, id ex
lege iuſtitiæ deſcendit. Extra caſum vero ex-
tremæ neceſſitatis, niſi ex ſpeciali obligatione,
vel ex rerum natura ſolum, quis ex præcepto
charitatis,non lege iuſtitiæ tenebitur,ideò iure
cum eo agere ea ratione nemo poterit, cum
clericis autem iure agi poteſt, & compelli poſ-
ſunt, vt egenti fabricæ ſubueniant, vt in *dicto
cap. 1. de Eccleſ.ædific.* Ergo eadem ratione,& pau-
peribus lege iuſtitiæ ex natura bonorum te-
nentur,& ita, ſi id non præſtent, ad reſtitutio-
nem remanent obligati. Et non ſolum cleri-
cum in conſcientia teneri ad diſpenſandum
ſuperflua pauperibus, verum etiam in iudicio
ad id poſſe compelli aſſerit *Aluarus de Pelagi. in
dicto tractat. de planctu Eccleſiæ libr. 2. dict. cap.* 28.
column.fin. vbi vult, quòd licet directè ad hoc
non compellantur, indirectè tamen compelli
poſſint, quia non ſolum coram Deo, ſed etiam
coram Eccleſia tenentur rationem reddere de
malis expenſis,& allegat notata in *cap. qualiter,
& quando,* ibi redde rationem,] & in *gloſſ. ſed
qualiter,extrau. de accuſationibus,* & dicit eſſe ex-
preſſum 10.*quæſt.*3. *in cap.*1.ibi, & ſingulis annis
Epiſcopo ratio fiet,] & ibi allegat alias ratio-
nes,& idem quod *Aluarus de Pelagio,* ſenſit *Car-
din. Zabarell.in clement. gratiæ.de reſcrip. penultim.
column.* vbi dicit quod poterit corrigi, & puni-
ri,& tanquam dilapidatori interdici admini-
ſtratio,quod etiam ſentit in *c.final.de pecul.cleric.
in* 2.*&* 3.*colum.*

Nonum argumentum, quo videtur hæc
opinio confirmari, tale eſt, beneficia maximè
in Hiſpania ex decimis ſunt erecta vel ex obla-
tionibus fidelium, quæ ad hoc inſtitutæ ſunt,
vt ex eis clerici, & pauperes ſuſtententur. Et 8
idem de omnibus alijs bonis dicendum eſt,
quæ Eccleſijs, & earum miniſtris conferuntur,
vt inquit *S.Thom.*2.2.*quæſt.*85.*art.*3.*in fin.* vbi di-
cit. Decimæ autem, propriè loquendo, non »
ſunt ſacrificia,neque oblationes, quia non im- »
mediatè Deo, ſed miniſtris diuini cultus exhi- »
bentur,ſecundario ordinatæ ſunt, vt pauperi- »
bus ſubueniatur.& vt *idem S.Thom.*de decimis, »
& alijs Eccleſiæ bonis dicit in 2. 2. *q.* 87.*art.* 3.
ad primum, reſpondẽdo ad argumentum, quod
fecerat, quòd hodie ſint ſuperfluæ decimæ,
quia in lege veteri Leuitis ſoluebantur, quia
non habebant partem in poſſeſſionibus popu-
li,vt habetur Numer.18. inquit, In lege veteri »
ſpeciales quædam decimæ deputabantur ſub- »
uentioni pauperum, ſed in noua lege decimæ »
dantur clericis, non ſolum propter ſui ſuſten- »
tationem,ſed etiam,vt ex eis ſubueniatur pau- »
peribus, ideò non ſuperfluunt, ſed ad hoc ne- »
ceſſariæ ſunt poſſeſſiones Eccleſiæ. & oblatio- »
nes, & primitiæ ſimul cum decimis. hucuſque »
ſunt verba B.Thom. Si igitur ad hoc ſuit con-
ſtitutæ decimæ, & alia bona Eccleſiæ, etiam
clericis,vel miniſtris deſtinata, vt clerici ſuſtẽ-
tentur,& pauperibus ſubueniatur, clericus hoc
non obſeruans lege iuſtitiæ impoſita bonis,
quæ poſſidet ab Eccleſia, obnoxius eſt pecca-
to mortali, & vinculo reſtitutionis, cum obli-
gationi iuſtitiæ reſtitutio ſit annexa, vt ſentit
*idem S.Thom.*2.2.*quæſt.*62. *art.*1. & eſt indubita-
tum,vt colligitur ex *tot.titul. de condict. cauſ.dat.
C.& ff.& l.*1.*& per totum de his, quæ ſub.mod.legat.*
& licet *Domin.de Soto in dict.quæſt.*4. *art.*3.*conclu.*
5.contendat, quod decimarum finis non alius
ſuit quàm Eccleſiarum ſeruitium, ſacrorum,
ſacramentorumq́ue adminiſtratio, eademq́ue
cauſa exigantur à populo Euangelico, qua o-
lim à Moſaico,ex eo quod *S.Tho.* 2. 2.*quæſt.*77.
artic. 1. nullam rationem aſſignet pauperum,
tamen *S. Thom. ſupra allegat.* dicit contrarium.
Immo *&* *ibidem in quæſt. quam ipſe allegat* 87.
*art.*1.

„ *art.1. ad quartum* dicit. Ipsæ etiam decimæ, quæ „ ministris Ecclesiæ dantur, per eos debent in v- „ sus pauperum dispensari. & apparet etiam ex *dicto Clemen. quem D. Martin. Nauar.* refert *in dict. tracta.q.1.num.22.& S. August. in c. decimæ 16.q.1.* decimas, egentium animarum tributa appellat, quod etiam de oblationibus dicit idem „ *S.Thom.2.2.q.86.art.2.in respon.* vbi dicit, Et id- „ eo oblationes, quæ à populo Deo exhibentur, „ ad sacerdotes pertinent, non solum vt eas in „ suos vsus conuertant, verum etiam, vt fideliter „ eas dispensent partim quidem expendendo „ eas in his, quæ pertinent ad cultum diuinum, „ partim vero in alijs, quæ pertinent ad pro- „ prium victum, quoniam, qui altari deseruiunt, „ cum altari participant, vt dicitur prima ad Co- „ rinth.9. partim etiam in vsus pauperum, qui „ sunt quantum fieri potest de rebus Ecclesiæ „ sustentandi. ita sanctus Thomas.

Decimum argumentum pro ista opinione tale est, ante diuisionem factam, & erectionem beneficiorum nullus vnquam dubitauit, quin clerici vltra sibi necessaria vsurpantes contra legem iustitiæ agerent, & expressè *S.Thom. supra allegat.* probat, sed diuisio, vel erectio beneficiorũ nihil ex natura bonorum Ecclesiasticorum mutauit, vt *magister Gratianus* asseuerat, cuius, sicut & in alijs, in hoc debet esse magna

9 authoritas, Gratianus inquam hoc manifestissimum constituit super *cap. nulli 12. q.1.* vbi respondens ad argumentum, quod superius in *c. illi autem, in § de rebus*, fecerat, scilicet quod erectionem beneficiorum, & diuisionem rerum Ecclesiæ in præbendas, & annuos redditus, vt quis sibi specialiter vindicet, facere non licet, quia omnia communia clericis esse debebãt, & nemo possit aliquid proprium vindicare, vt in authoritatibus, quas allegat, ita inquit. His ita respondetur, sicut per fectione charitatis manente, secundùm discretionem Ecclesiarum distributio fit Ecclesiasticarum facultatum, dum alijs possessiones huius Ecclesiæ ad dispensandum committuntur, ex quibus licet res Ecclesiæ omnibus debeant esse communes, primum tamen sibi, & suæ Ecclesiæ deseruientibus necessaria Episcopus subministret, reliqua, quæ supersunt, fidelium vsibus ministraturus, ita & præbendæ Ecclesiarum eadem charitate manẽte, piè & religiosè possunt distribui, nec tunc rebus Ecclesiæ vt proprijs, sed vt communibus vtilitatibus deseruituris, vt ex his, quæ sibi assignata sunt, primum sibi necessaria percipiat, si qua vero suis necessitatibus supersunt, in communes vsus Ecclesiæ expendat.] Huc vsque *Gratianus*, qui in confirmationem suæ sententiæ allegat August. authoritatem *in c. priuatum*. Ecce quod *ibi Gratianus* expressè vult, clericum etiam de sibi assignatis debere, quod sibi superest, in vsus pios conuertere, pro cuius etiam opinione in simili videmus, quòd si paterfamiliàs, maritus in vsus vxoris, filij, vel serui res aliquas separet, vel etiã comparet, non magis eorum efficiuntur, quàm 10
cum in vsu promiscuo erant, antequam ipsis traderentur, nisi postea legentur, quia dicta assignatio nihil iuris contulit, sed facti quandam administrationem concessit. text. in *l. si quid earum § final. de lega.3. cum concordan.*

Sic etiam videmus, agri ad faciliorem cultur æ commoditatem diuisionem factam non plures agros efficere, nec eã priotis naturæ conditione aliquid immutasse, vt in *l. Caius Seius in §. Titius. ff. de legat. secundo*, facit arguendo per contrarium. text. notab. in *l. librorum appellation. in § si cui centum. ff. de lega.3.* Nam nec diuisio rerum onus eis adiunctum tollere potest, vt in *l. cum pater in § hæreditatem 2. ff. de lega.2. in l. qui Romæ pecuniam in § duo fratres, secundum intellec. Roge. ff. de verbo. obligat. & in l. qui cum tutoribus, ff. de transactio.* non dissimilis videtur dicta diuisio, vt commodioris vsus causa clericis, & pauperibus sit portio assignata. Sic videmus, quòd si reipublicæ administratures inter se commoditatis causa administrationem diuidant, non hoc fit reipublicæ præiudicium, quoniam quilibet eorum poterit post talem diuisionẽ, eius ratione non habita, in subsidium conueniri. vt in *l. Imperator. ff. ad municip.* Sic in subsidium pauperibus ex portione clericorum debet subueniri. Nam quòd beneficiato bona per erectionem beneficij sunt assignata, non absimile videtur ab eo, quod eleganter inquit *Paulus in l. bina mancipia. ff. commu. diuid.* vbi ita dicit, Bina mancipia, quæ ex hæreditate paterna iussu prætoris pupillis ministerij causa reseruata essent, diuisa non videri, sed omnium communia permansisse,] eiusdem rationis videtur fuisse illa distinctio bonorum inter pauperes, & clericos, quod comprobatur ex elegantissimo *Papinia. responso. ff. de lega.2. in l. cum pater in § pater pluribus*, vbi ita inquit, Pater pluribus filijs hæredibus institutis, moriens claues, & annulum, custodiæ causa maiori natu filiæ tradidit, & libertum eidem filiæ, qui præsseos erat & res, quas sub cura sua habuit, assignari iussit, commune filiorum negotium gestum intelligitur, nec ob eam rem apud arbitrum diuisionis præcipuam causam filiæ fore.] Sic Ecclesia in beneficiorũ erectione fecisse videtur, res beneficiato maiori natu, claues, & bona tradendo, presbyter enim senior interpretatur, qui in administratione, & custodia fratribus suis pauperibus potior sit, non vt ipsos debita sustentatione defraudet. Nec nouum est, vt maioribus in admini- 12
stratione deferendum sit, minoribus vero magis prouidendum, nam consuetudine etiam inductum esse authores magni nominis affirmant, vt in diuidenda hæreditate partes statuere maioris natu sit officium, minori vero electio detur, vt *S. August. lib.16. de ciuitate Dei, cap. 20.* refert, vbi narrata optione oblata Lot ab Abraham inquit, Hinc fortassis effecta est inter homines pacifica consuetudo, vt quando terrenorum aliquid partiendum est, maior di-

uidat,minor eligat,]ita ibi August. vbi *Iudonicus Vme in suis doctissimis scholys* confirmat hæc, ex *Seneca lib.6. declamatio*.quod probatur in *c.1. de paroch.extra*. ad quod possunt plura allegari, sed ea omnia refert *And. Tiraquel. in tract.de primogenit.q.60.per tot.* vbi an id procedat de iure communi,vel opus sit consuetudine,vel statuto, quale esse in ciuitate Senarum, ipse refert, qui etiam de hac mareria agit *tracta. de vtroque retractu.1.part.§.24.glos.1.num.3.5.& 6*.quod intellige,data in alijs æqualitate,& ita cessabunt, quæ *Abb.Panormit d.cap.1.de paroch.& Petr.Paul. Parisi.consi.19.num.*130.*volu*.2. secus vero, si talis esset inæqualitas, quæ latere non possit. argu. eorum, quæ infra dicemus 4.parte, cap.4. numero 9. sic etiam custodia instrumentorum communium maiori natu defertur, vt in *l.fina. ff.de fid.instrumen.* de quo etiam *Tiraquel.* infinita refert, *in d.tracta.de primogeni.in præfat.nu.*122. *cum sequen.* qui à num.95.plura cumulat,ex quibus ornari posset istud argumentum.

12 Vndecimum argumentum pro ista parte tale est, si ministris Ecclesiæ Dei non sufficiant bona eis assignata, parochiani eis tenentur ex lege iustitiæ alimenta subministrare, vt dicit *S.Thom.2.2.q.86.art.1.in responsio.versi.3.modo*,& ad hoc compelli possunt,vt omnes docto. volunt *Innoc.Ioan.Andr.& Hostien.c.1. ne prælat. vic. suas*,& post eos idem tenet *Abb.in cap. de rectoribus.num.6.de cleri.ægrotan.Cardin.Turrecrem. in c. omnis Christianus.de consecra.distinct.1.num.4. ad secundam. Abb.in rubr.extrau.de paroch.idem Abb.in cap.significatum.de præben.nu.*8. Quinimò denegare alimenta prædictis, est vnum ex illis peccatis,quæ dicuntur clamare in cœlum, *Iacobi* 5. Ecce merces operariorum, &c. vt optimè declarat doctissimus vir Reue. *D.Ioan.Gropper.in lib.de Institutio. catholic.pag.*96. ita per contrarium,pauperes populi, ex quorum decimis, & oblationibus, & largitionibus clerici sustentantur,debent ab ipsis clericis,ex eo,quod sibi superest,sustentari. Nam pauperes decimas tenentur soluere,vt dicit *S.Thom.d.q.87.art.4. ad quartum:& quodlibeto 6.art.*10.nimirum si egentibus de eo, quod ipsi dederunt, sit à clericis subueniendum.argu. tex. *in l.fin.de reuocan. donat.cum glos.verb.volueris,& Fab.§.sciendum instit. de donat.fin.col.in princ.*latè *Rip.d.l.fi.q.*49.necest, quod impar clericus, in quo maior debet esse pietas, iudicetur, sic videmus, quòd patronus egens potest petere alimenta ab Ecclesia, vt suæ liberalitatis sit retributio,est tex.in *cap.duo sunt genera* 12.q.1. vt per *Abb. in cap. nobis de iure patrona.* vbi text. & per recentiores de iure patronatus verbo,Et vtile.

Duodecimum argumentum pro ista opinione facit,vt supra probatum est in quinto argumento,ante diuisionem factam nullus vmquam dubitauit, clericos solum sibi necessaria posse sumere,sed diuisio, vt experientia docet, & doctores nostri affirmant, iamdiu inoleuit, vt per docto.*in c.fin.extrau. de his,quæ fi.à maiore parte cap.* vbi *Innoc.*dicit,quòd non in omnibus locis fit illa diuisio.& *Abb. Panormit. in cap.1. de Ecclesi.ædifican.*dicit,quòd redditus sunt in confuso. Ergo nulla ratione dici potest, clericos fructuum beneficiorum liberam habere dispositionem,cum sint communes sibi,pauperibus, & fabricis, & ita solum sibi necessaria poterunt assumere, tamquam in rebus non diuisis,in quibus S.Thom. & cæteri contrariæ opinionis authores hoc fatentur, vt supra est probatum.

Vltimo pro ista parte facit ratio, nam si Epi- 13
scoporum, si Pastorum, si clericorum, si ministrorum Ecclesiæ Dei nomen inspicias, nihil aliud,nisi veritatem istius opinionis præsefert, siue enim pastor sit,siue minister clericus,si nomen suum rectè consideres,non est cur appellationem dominij sibi vsurpare possit, nec est cur ex grege sibi commisso aliud vindicet, quàm victum, & vestitum, commodam denique sustentationem: quòd si amplius sibi vsurpet,fur, & latro meritò iudicetur. Hoc autem nomen non sortuito vel casu, sed consilio & iudicio,non ab hominibus, sed Dei verbo toties repetito est sortitus. Et ministri potestas quantum differat à dominio, nullus potest ignorare,vt in *l.in re mandata.C.de manda.*& suprà latè deductum est, si etiam clerici nomen, quod in sortem Domini vocatus sit,consideres hac ratione idem euincitur,vt *S.Hierony.*ostendit in *dict.c.clericus* 12. *q.1.supra allegato*, si tonsuræ capitis significationem perpendas, idem erit,cum omnium curam, quæ necessaria non sint, abijciendam demonstret, vt per *Alberi. in suo diction.in verb.clericus. Cardin.Turrecre.* & post eum *Alexan.in d.c.duo sunt 12.q.1.& idem Cardin. Turrecrem.in c.clerici.nu.6.23.dist.* vbi etiam alias ponit significationes, & *D.Martinus Nauarr. in d.tracta.in princi.num.2.* latiùs omnibus *Aluarus de Pelagio de planctu Ecclesi.lib.2. c.14.col. antepenult.cum sequen.* vbi etiam ponit, quare maior tonsura sit ferenda à monachis, quam à clericis, & quare bigamus, qui tonsuram non potest portare clericalem, possit monachalem. Sed hæc pro ista Archidiac. opinione sufficiant, quæ tot authoritatibus omnium ferè antiquorum est suffulta, vt rationes adijcere superfluum videretur, nisi contra staret S.Tho, vt supra diximus.

CAPVT V.

In quo ponuntur declarationes,quas ad opinionem Archidiaconi ponunt doctores, & sigillatim examinantur.

SVMMARIVM.

1. *De his,quæ sunt necessaria clerico ad suam sustentationem,potest libere disponere secundum doctores.*
2. *Non debet esse melioris conditionis sordidus, quàm liberalis.*

3. Id,

3. *Id, quod comparsit vsuarius, domino dimittere debet.*
4. *Pauperes ex eleemosynis tenent ur facere eleemosynam.*
5. *Alimenta praeterita non habent priuilegium.*
6. *Distributiones quotidianae eodem iure, quo caeteri redditus censentur.*
7. *Idem de Ecclesiasticis pensionibus.*
8. *De stipendijs officiorum liberè clerici disponere posse videntur, sed non est sine difficultate.*
9. *Opinio Archidiaconi est ita rigida, vt praeclusa sit omnis ratio, qua clerici ab obligatione restituendi possunt liberari. etiam consuetudine stante, vel indulto sedis Apostolicae.*

1 A Supradicto tamen vinculo, seu obliga-
tione dispensandi ea, quae superfluunt
clericis in pios vsus sub peccati mortalis reatu
& restitutionis, multi etiam, qui opinionem
Archidiaconi sequuntur, eam partem fructuũ
eximunt, quae necessaria est clerico, vt se suos-
que sustentet, adeo vt si quid fraudando ge-
nium suum, corraserit, id liberum ab obligatio-
ne supradicta remaneat, vt supra retulimus 22.
opinio. *Abb.* tamen ibidem in 23. opinione ad-
ductus, apertè contrariam opinionem tenet,
ideò opus erit examinare, quae harum opinio-
num verior sit.

2 Pro opinione Abba. optimè facit, quòd nõ
debet esse melioris conditionis iniquus, sordi-
dus & auarus, qui se suosque necessarijs de-
fraudat, quàm liberalis, & qui pro dignitate se,
suosque exhibet, vt *ff. de petit. hared. in l. si à domi-
no, vel à patre. §. prædo.* Nam absurdum videre-
tur, eos quidem, qui bona fide versantur, tene-
ri, praedones vero securos esse. argument. *legis
non solum. ff. de noxali. actio.* & ibi inquit glos. non
debet esse melioris conditionis malus, quam
bonus, quae glos. alleg. cõcordant. quòd autem
hic mali sint apparet, quia fraudando se, &
suos pro sua dignitate debitis alimentis, mor-
taliter peccant, vt ibidem, & in secunda opi-
nione supra deduximus, ideò aequum videtur,
vt cum his eo iure agatur, quo caupones, & sta-
bularij per Galliam, & Italiam vti solent, qui
abstemiis, & ieiunis eandem rationem cum
alijs constituunt. Item ex opinione Archidia.
re ipsa clericus vsuarius solum constituitur,
cuius ea natura est, vt quo ipse non vtitur, alij
vtendum non possit concedere, sed domino
3 remaneat, vt *in l. denique, & in l. plenum. §. fin. ff. de
vsu & habita.* ergo quomodocumque sibi su-
perfit siue iure, siue iniuria sua fiat, id restituere
domino tenetur. Item si hoc clericus, vel is, qui
ab eo titulum habet, allegaret, planè turpitu-
dinem suam ostenderet, dum se miserè corra-
dendo, & suos fraudasse auarè allegat. Ideò nõ
poterit hoc titulo se excusare, vt in *lege transa-
ctione finita. C. de transactio. cum concordan. allegat.
in glos.* trad. *Bartolus, & Iason in l. ius iurandum,
quod ex conuentione. §. final. ff. de iure iurando, & idẽ
Bartolus in l. apud Celsum. §. Marcellus. ff. de doli ex-
cepti. Abba. & Felin.* latè in *cap. lator. extra. de re in-
dica. post glos. ibidem*, & latè per *eundem in cap. ter-
tio loco. extrau. de praesumpt. Alexan. in l. de tutela. C.
de in integ. restitutio. minor. Tiraquell. de retract. pri-
ma parte. §. primo, in glos. 18. num. 24. cum sequenti.*
Item si clericus, qui fortè in redditibus mille
habet, qui omnes forte boni viri, & communi
arbitrio necessarij secundùm suam conditio-
nem sunt, ducentum tantum consumat, se
tanti existimasse videtur, ducentum expen-
dendo, vt in simili inquit *Paulus in l. si ita stipula-
tio ff. de operis liber.* ibi, Quia videtur quodam-
modo patronus tanti operam aestimasse, ideó-
que non debere transgredi taxationem.] Nec
obstat quod postea dicit text. sed iniquum est,
&c. quia ibidem aestimatio fuit posita in con-
ditione quae nihil disponit, vt in *l. quae sub condi-
tione. ff. si quis omiss. caus. testament.*, at hic in exe-
cutione, qua nulla maior assertio esse potest.
Quomodo ergo contra suam assertionem,
quam re ipsa fecit, nunc allegans mille expen-
dere debuisse audiatur? contra *l. generaliter, &
auth. contra qui propriam. C. de non numer. pecu. cum
concordan.* possitque ei dici, quod in Euangelio.
Ex ore tuo te iudico serue nequam, &c.] Ideò
aequum videtur, vt nec à Deo, nec ab homini-
bus audiatur, sed potius eorum, quae malè
congregauit, ad restitutionem teneatur.

Praeterea pauperes ex his, quae ex eleemosy- 4
nis supersunt, eleemosynam elargiri tenentur,
vt per *Cardin. Turrecrem. in cap. habebat 12. q. 1. &
in cap. in singulis. distin. 86.* Ergo id, quod super-
est, etiam ex ea parte, quae quodammodo elee-
mosynae nomine, vel necessitate est concessa,
eodem iure censebitur.

Item si id, quod quis comparsit, & miserè
congregauit, est superfluum, possitque in futu-
rum absque eo commodè ex fructibus viuere,
ergo id restituere tenetur, quia ea ratione sibi
praecipua, & ab omni obligatione libera con-
ceduntur, quia sibi necessaria sunt, & tanquam
alimenta sunt omnibus alijs potiora. Superflua
autem, & non necessaria, quis restituere tene-
tur secundùm Archid. opinionem: sed in specie
proposita, ex necessarijs ob auaritiam sunt ef-
fecta superflua, cum in praeteritum vsum non
habeant, in futurum autem non sunt necessa-
ria, ergo superfluorum, non necessariorum iure
censentur. Sic videmus, quòd alimenta sunt
multis priuilegijs in iure munita, vt in *l. cum hi.
ff. de transactio. & in l. 1. C. de fidei commiss.* Tamen 5
vbi alimenta sunt praeterita, nullum habent
priuilegium, vt in *l. de alimentis. C. de transactio.*
ideo filius, cui debentur dispositione legis ali-
menta temporis praeteriti (dum tamẽ aere alie-
no propter id non sit oneratus) numquam pe-
tere poterit, vt per *Barto. in l. libertis quos, §. 1. nu.
3. ff. de aliment. & ciba. lega. & Deci. in l. de alimentis.
C. de transactio.* vt supra latè dictum est, licet se-
cus vbi ex hominis dispositione deberentur,
vt per eosdem ibidem, & *Tiraquell. tracta. de pri-
mogeni. q. 75.* Sic ergo illa pars, quae necessaria
est in alimenta, & sustentationem clericorum,
omni obligatione soluta est. ita demum si in
alimenta expendantur, non si auaritia sua su-
perflua haec efficiantur, & absque eis non ex
alijs

alijs suis bonis, sed potius ex malis auaritia scilicet,& sordibus alitus reperiatur.

Præterea si talis clericus, quod ita congessit,liberè posse donare,vel erogare prætendat, nescio,qua fronte istam liberalitatem allegare possit, cum non ex liberalitatis virtute, cuius nomen abhorret, sed ex inordinato affectu proficiscatur hæc donatio. Si enim ex bona radice procederet, & liberalitatem suam rectè vellet collocare, id citra controuersiam iure communi facere posset,cum in hospites,& peregrinos,& pauperes laudabiliter elargiri concedatur, at cum suos,& se defraudando liberalitatem exercere profiteatur, potius ex affectione, quod miserè comparsit diu corradendo, prodigus repentè effectus malè quæsita peius vno momento consumere,quàm ex auaritia ad liberalitatis virtutem resilire fateri videtur.

Præterea canones, qui id, quod superest, pauperibus elargiendum esse statuunt,non distinguunt, quod supersit naturaliter, vel ex auaritia contra naturam: id vnum verum est, semper superfluam magis esse sordidis hominibus pecuniam, quàm liberalibus, ergo multo magis illi,quàm hi ad eius tamquam superfluæ restitutionem tenebuntur,cum ea,quæ supersunt,dictæ obligationi subijciantur.

Item in eo quod canones dicunt,res emptas ex pecunia fructuum effici Ecclesiæ, non distinguunt ex necessarijs auarè sit collecta illa pecunia, vel ex superfluis. Idem etiam canones, qui testari de his prohibent, indistinctè loquuntur.

Item non solum quæ his supersunt, sed vt summo iure cum his agatur, videtur etiam id, quod consumpsere miserè, esse restituendum, cum sumptus, qui ad cōtumeliam potius quodammodo fiunt, pro non factis habeantur, nec eorum ratio haberi debeat. tex.est in *l. at si quis in §. iudex ff. de religio. & sumpt. fune.* vbi loquendo de funeris impensa inquit *Vlpianus*. Iudex, qui de ea æquitate cognoscit, interdum sumptum omnino non debet admittere modicum factum,si fortè in contumeliam defuncti hominis locupletis,modicus factus sibi sit, nam non debet huius habere rationem, cum contumeliam defuncto fecisse videatur, ita cum funerando.]Quod etiam notat *Albert. in l. qua vtiliter, in princ. vers. quærit. Iacob. ff. de nego. gest. Alexan. in l. 1. §. impensa. colu. 1. ff. ad l. falcid. & Alci. in l. impensæ. ff. de verbo. significa.* idem dicendum videtur de sordido clerico contumeliosè viuente. Nec potest dici id verum esse,cum contumelia fit alteri, at sibi ipsi neminem facere contumeliam, quia respondetur, quòd non sibi soli, sed toti clero contumeliosus clericus sordidus esse videtur. argumento text. notab. in *cap. cum contingat, extra de for. competen.*

Et ita tenendo opinionem Archidiaconi, ex qua vsuarij instar clericus in beneficio constituitur, hæc pars non habet dubitationem, salua tantorum virorum opinione, cum vsuarius,quicquid sibi superest, quomodocumque sibi supersit,restituere teneatur,cum vsum cotidianum solum habeat, nec in plures annus reponere possit, vt in *princip. Instit. de vsu, & habitatio.*

Item cum omnes partes bonorum Ecclesiasticorum sint ὁμογενῆ, seu similares,vt vocant, sicut quælibet aquæ particula quantulacumque & vbicumque ea sit, est aqua, & vt *Aristo. lib. 1. Physico. cap. 4. in fi.* Ἔστι γὰρ ὡς ὁ πηλὸς εἰς πηλὸς διαιρεῖται. & *de partibus animal. lib. 2. cap. 2.* ἔστι γὰρ ὡς ἐνίων τὸ μέρος ὁμώνυμον τῷ ὅλῳ, οἷον φλεβὸς φλέψ. ita quælibet pars, quamuis minima bonorum Ecclesiasticorum vbicumque, & quocumque modo apud quemlibet reperiatur, eiusdem erit rationis, & naturæ, vt in nullos alios vsus,quàm supradictos conuerti possit sine crimine sacrilegij,vt supra in principio probatum est.Non ergo quòd ea pars ex parsimonia,vel potius auaritia,& sordibus à necessario sumpta existat,naturam mutabit,vel à sua insita conditione remanebit libera, sed in vsus pauperum,vel alterius pij operis, quod superest à necessaria Ecclesiasticarum personarum sustentatione erit erogandum.

Deducitur etiam ex his,quod illa distinctio, quæ fit inter distributiones quotidianas, & alios fructus; de qua dictum est supra in 18. opin.non est vera, non enim natura rerum ex 6
modo distribuendi variatur,nec quòd maiori, vel minori labore quærantur attendi debent, cum beneficium propter officium,& laborem detur,nam vt ex supradictis apparet,maiorem laborem & curam Episcopalis dignitas requirit,non tamen ob id cum Episcopo mitius, sed durius agitur,sed solum attenditur,superfluane redditus, vel sint necessarij. Et ideò iustè *D. Martinus Nauar.* vt suprà 19. opinione retulimus,istam distinctionem reprobat.

Eadem ratione & illa opinio, quæ pensio- 7
nes Ecclesiasticas clericis assignatas, à natura beneficiorum seponit, falsa est, non enim natura realis mutatione personæ variari potest, vt supra in secundo argumento latiùs deduximus, neque quòd pensio in alimenta constituatur efficit, vt quod ab alimentis superest, non sit eiusdem rationis, cuius sunt omnia Ecclesiastica bona. Cum beneficia etiam in ministrorum alimenta sint constituta. Imò hoc, quod in alimenta sint pensiones constitutæ (cum alimenta dici non possint,quæ in se alendo secundum suam conditionem non consumuntur) efficit, vt ea superflua maximè iudicentur,& esse appareat euidentius,quàm si alimentorum nomen non haberent. Ideò, cum prætextus, & falsa causa apud Deum nihil valeat, obligationem restituendi falso alimentorum nomine pensionarius non poterit euitare.

In bonis autem aliunde, quàm ex Ecclesiæ redditibus quæsitis, intuitu suæ personæ non Ecclesiæ,non est aliqua difficultas, cum possit

Episcopus

Episcopus & in vita, & in morte de his liberè disponere, vt probatur 12. *q.* 5. *c. fixum*, & per toram quæstionem, nam & hæc seruare possunt, & viuere de redditibus Ecclesiasticis, vt dicit *Abb. & doct. in cap. Episcopus. de prabend.* Et bene declarat *D. Martinus Nauarr. in dict. tracta. quæst. 1. num.* 78. idcò prælati, & alij clerici, qui
8 à principibus secularibus stipendia officiorum, quæ exercent, accipiunt, liberè de his posse disponere existimant, sed hæc consequentia non ita clara est, sicut apparere videtur, si teneamus opinionem Archidiaco. Imò falsum omnino id erit, cum ea opera, quam impendere in Ecclesiastico munere tenebantur, fraudata Ecclesia reperiatur, nam sicut seruus fructuario ex opera ei debita acquirit, domino vero extra operam, nec hoc ius alteri operam exhibendo inutare potest, vt probatur *ff. de vsufruc. in l. sed & si quis. §. interdum. & ff. de stipulat. seruo. in l. 1. §. si seruus & §. si fructuarius.* & facit tex. *ff. de acquir. rerum. dominior in l. qui bona fide, & in l. per seruum, & ff. de pecul. l. hinc quæritur in § potest, & in vers. qua quæstio.* Ita nec hoc poterit facere Episcopus vel clericus, vt dimisso munere sibi ex officio iniuncto, alienum prorsus aggrediatur, & ideo quod lucratur ex opera sua, quam Ecclesiæ detrahit, non securè sibi acquirit. Nam si quæsitum ex re Ecclesiæ, vel Ecclesiæ debita, Ecclesiæ debetur, cur non quæsitum ex opera Ecclesiæ debita eodem iure censebitur? vt dictis legibus. Sed hoc dictum existimari nolim contra animum meum in alicuius inuidiam, cum hic ius interpretemur, non facta cuiusquam iudicemus, cum sit etiam manifestum, aliquos magnos prælatos scientia & vitæ sanctitate insignes, ex causis iustis à sede apostolica approbatis, ab Ecclesijs suis abesse, & abfuisse. Hoc dixisse volui, ne alicui daretur occasio, ex his scriptis pios Episcopos iudicandi. nec enim cũ doctissimi sint, imperitia in hac re labi possunt; nec cum vitæ exemplo clarissimi, ambitione vel auaritia à recta via traduci, maximè cum ea cura & solicitudo, quæ semper in nostris Hispaniæ principibus fuit in eligendis prȩlatis, qui possint, & velint debito muneri satisfacere, in Catholico, & religiosissimo Rege, & domino nostro Philippo, cum mirabili omnium aliarum virtutum choro adeò splendeat, vt hoc vno propugnaculo, tutissimoque præsidio ab apostatis, & hæreticis Hispaniarum Regna defendantur. Sed de tanti principis laudibus materiam, cum vires nostras longe superet, integram alijs fœlicioris ingenij viris relinquamus, melius est, quam pondere rerum obrui, & maxima facta & consilia omnium sermone celebrata, humili oratione persequamur. Solum hac in re in laudem Hispaniȩ nostrȩ afferemus testimoniũ sanctissimi viri Stanislai Osij Varmiensis Episcopi nunc Cardinalis illustrissimi, hæreticorum expugnatoris acerrimi, qui *lib. 3. de aucto. sacra scriptura*, ita inquit, Nullum est enim regnum nostro hoc infœlici seculo magis ab hæresibus intactum, quam sit, vel hoc solo nomine fœlicissimum Hispaniarum regnum, cui propter hanc in fide Catholica constantiam, & eius tuendæ diligentiam alias præterea multas fœlicitates Deus largitur (quæ laus olim penes Germanos fuit quoad illi non aliud erant, quàm Christiani, neque in aliud euangelium se transferri passi sunt ab eo quod à patribus acceperant) vt esse gens armis inuicta crederetur. Ea posteaquam Lutherus in Germania Babylonem ædificare cœpit, nunc ferè est ad Hispanos trãslata.] Sed ad opinionẽ Archidiaconi reuertamur, ex qua si vera sit, adeo præclusa est via clericis disponendi de redditibus Ecclesiasticis, vt nulla ratio iniri possit, qua ab ista lege liberentur. Quin imò nec consuetudine defendi poterunt, quia si nec diuisio, quæ fit in *dict. cap. inter quatuor*, de qua supradictum est, nec quòd portio peculiariter clerico sit applicata, neque erectio beneficiorum postea sequuta, per quam mensȩ clerici fructus assignantur, prodest, vt liberè clericus, vt de parte sua possit disponere, non poterit hoc efficere consuetudo, cuius non est potior vis, quam legis. Quia, si id non efficit dicta diuisio applicando illam partem Episcopo, & aliam clericis, ex eo est, quòd natura rei id non patiebatur, non quòd lex applicando sibi eam partem, non eo modo applicauit, quo omne ius in eos transiret, si natura rerum id non impedisset, quod si natura rerum concessionem à canone factam astringit, & ligat, ligabit etiam consuetudinem ne efficere possit, vt natura harum rerum mutetur. Et ideò doctores istam partem Archidiaconi tenentes, consuetudinem talem abusum, & corruptelam, non consuetudinem simpliciter appellant. Quæ etiam reprobari videtur, nisi quando parum Ecclesiæ præiudicet, *extrau. de testament. cap. ad hæc, & cap. relatum 2. cum alijs supra in 6. opinio. relat.*

Item eadem ratione facultas testãdi à Principe concessa eodem iure censebitur, & si lex, & consuetudo hoc efficere non potest, nec Princeps poterit, cui legum potestas est commissa. stante igitur Archidiac. opinione, natura rerum Ecclesiasticarum, & fructus earum adeo immutabilis est, vt nec ex prædicta diuisione, nec erectione beneficiorum per Ecclesiam facta in aliquo sit immutata, imò nec immutari posse *D. Martinus Nauarr.* apertissimè sentit, cum velit iure naturæ & diuino in pios vsus, & ministrorum Ecclesiæ sustentationem solum esse dicta bona dispensanda, quo fiet, vt ad quoscumque hæc bona perueniant, eiusdem rationis sint. Et ideò commendatores, quos vocant S. Iacobi, Calatrauæ, & Alcantaræ, & multo magis illi sancti Ioannis Hierosolymitani hoc iure vtentur, vt sub peccati mortalis reatu, & restitutionis, quod sibi superest, in pios debeant vsus conuertere, vt *D. Martinus Nauarrus* affirmat, quinimo, quòd durius videtur, si natura dictorum bonorum ita immutabilis est,

est, laici possidentes fructus Ecclesiasticos, nullo titulo, ratione vel causa tuti erunt in in conscientia. Si enim hæc bona solum diuina lege in Ecclesiasticarum personarum necessitates, & vsus pauperum, & aliarum piarum causarum sunt destinata, & hæc natura adeò inuariabilis est, vt nulla constitutione vel potestate humana possit immutari, vt *D. Martin. Nauarr.* vult *2. quæst. num. 25. & 1. quæst. numer. 11.* & expressè *D. Petrus de Soto vbi supra*, & denique *Archidiaconus*, & omnes illi, qui eius opinionem sequuntur, cum consuetudinum priuilegiorum, & indultorum à summo Pontifice concessorum nullam in hoc habendam esse rationem existimet, quatenus extra dictos vsus prædicta bona constituant: sequitur necessariò quod omnes illæ personæ, quæ inter hos non connumerantur, scilicet inter clericos, pauperes, & pias causas tamquam rei alienæ detentores ad restitutionem sint obligati. Quod quam durum sit, & onerosum nemo est, qui nesciat, quinimmo si verum hoc esset, quotus quisque clericus in Hispania nostra esset, qui hac ratione non damnaretur, cum ex consuetudine de fructibus beneficiorum liberè omnes disponant inter viuos, & in vltima voluntate. Ideò necessarium est hac in re diligentissimè considerare, ne onus immensum contra rationem imponatur. Aut enim volumus canones non posse facultatem clericis de his bonis, vel fructibus disponendi liberè concedere ex defectu potestatis Ecclesiæ, & hoc absurdum est dicere, etiam si diuino quodam generali iure, hæc natura bonis esset constituta, vt infra ostendemus, aut quod hi canones non velint, & certum est, quod in canonibus recentioribus hæ consuetudines non improbantur. immò eas amplecti videntur dicti canones, vt ex allegatis per *Ioann. Andr. in dict. cap. nemo potest plus* apparet. Item quia in diuisione, quam Ecclesia istorum bonorum facit, vel in erectione beneficiorum satis ostendit se in portione mensæ cuiuslibet assignata, omne ius concedere, cum titulus diuisionis, vel erectionis hoc in se contineat, vt infra dicemus. Quo fit, vt ab obligatione iustitiæ, & onere restitutionis per hoc videantur liberati, licet à lege, siue præcepto charitatis non sint liberati, vt infra dicetur. Et quia totius huius materiæ vis in eo versatur, vtrum doctrina Archidiacon. vera sit, vel opinio S. Thom. illi contraria, ideò de ea in sequenti particula differemus.

DE REDDITIBVS ECCLESIASTICIS,

Pars quarta.

In qua tractatur de opinione B. Thomæ, & reprobantur omnes opiniones ei contrariæ, & ponitur resolutio materiæ, & quando eleemosyna sit in præcepto tam clericis, quàm laicis, & an dominium rerum beneficiorum sit apud clericos.

CAPVT I.

In quo ponuntur rationes, & argumenta pro opinione S. Thomæ, & ostenduntur absurda, quæ ex opinionibus contrarijs sequuntur, quæ tandem reprobantur.

SVMMARIVM.

1 *De intellectu cap. peruenit, de fideiussor.*
2 *In curia Romana obseruatur, vt clerici de fructibus beneficiorum satisfaciant creditoribus.*
3 *Intellectus cap. quod quibusdam, de fideiussor.*
4 *Diuisio est sufficiens titulus ad transferendum dominium.*
5 *Pauper efficitur dominus rei sibi in eleemosynam concessæ.*
6 *Miles efficitur dominus stipendij.*
7 *Quæ differunt secundum plus & minus, non differunt in substantia.*
8 *Primum absurdum ex opinione Archidiaconi.*
9 *Secundum absurdum ex opinione Archidiaconi.*
10 *Quomodo Ecclesia Dei dissimulet aliqua peccata, vt euitentur grauiora, & in quibus personis, & quibus actibus.*
11 *Redditur ius secundum dictas consuetudines.*
12 *Intellectus cap. ad hæc. de restam. in compil. antiq.*
13 *Ordines militares non sunt simpliciter religiones, & quarum*

quartum absurdum ex opinione Archidiaconi.

14. *Quintum aliud absurdum, quod sequeretur ex Archidiaconi opinione. & laici possunt decimas possidere.*
15. *Opinio Hostien. reprobatur.*
16. *De intellectu opinionis Hostien. contra doctores.*
17. *Intellectus leg. si defunctus arbi. tutel. C.*
18. *Media opinio Cardinal. Zabarell. vnde sumpsit occasionem.*
19. *Opinio Cardina. Zabarell. differt ab opinione S. Tho.*

CVm in præcedenti particula de opinione Archidiaconi latissimè sit disputatum, sequitur vt de opinione Sancti Thomæ disseramus. Est igitur opinio Sanct. Thom. quòd ex natura rerum ipsarum Episcopus, vel clericus potest disponere de redditibus sui beneficij, vel portionis sibi assignatæ eodem modo, quo de bonis patrimonialibus, in quibus potest quidem in abusu peccare, sed non tenetur ad restitutionem. Et ita vult *diuus Thom.* quòd illorum fructuum Episcopus, vel clericus sint domini, & à lege iustitiæ liberi, licet charitatis sicut in alijs etiam bonis & clerici, & laici (vt infra dicemus) non sint soluti. Quæ opinio S. Thom. videtur hoc argumento probari, clericus sicut in bonis suis patrimonialibus habet dominium, ita habet & in fructibus sui beneficij, ergo eodem modò de istis sicut de illis disponere potest: antecedens videtur probari ex sequentibus.

Primò ex tex. in *cap. 1. de cleric. non residentibus*, vbi clericis non residentibus in pœnam adjicitur ne dominium distributionum acquirant, sed ad restitutionem teneantur, ergo apparet, si residerent, effici dominos earundem. Nec potest dici peculiare esse distributionum, alios vero fructus non esse eiusdem rationis, quia vt supra probauimus, ista differentia non est vera, vt rectè *dominus Martinus* affirmat. Nec potest admitti solutio, quæ ex Archidiacono sup. allegato colligi videtur, dum dicit, Benè tamé
„ confiteor, quod clerici talium fructuum per-
„ ceptorum sunt domini, & habent eorum pro-
„ prietatem quantum ad fidelem, & debitam
„ dispensationem faciendam, &c. Quia non videtur hoc dominium esse, sed administratio, de qua infra latiùs dicetur. Præterea ista responsio tollitur, vt ex argumentis sequentibus apparebit.

1 Secundò probatur per textum in *cap. peruenit, extrauagan. de fideiusso.* vbi probat tex. quòd, si clerici ære alieno grauati reperiantur, debet satisfieri creditoribus de fructibus beneficiorum, quod fieri non deberet, si non essent domini fructuum, non enim de alieno debita solui possunt, esset namque debitum delicto commutare, & ita illum text. ibidem intellexit Hostiens. licet sequendo distinctionem suam, de qua infra dicemus. Idem decisum est in Rota, vt apparet *decisio. 1. de solutio in antiq.* & glos. sensit istam difficultatem in *cap Odoardus, de solutio.* nec potest admitti responsio *Archidiac. in dicto cap. statutum, in §. assessorem. de rescript. lib. 6.* vt ibidem admittatur ex speciali, & expressa dispositione Papæ, quia non est verisimile Pontificem ex indulgentia, sed ex iure ibidem respondisse, maximè quia vbi respondet Princeps ad consultationem, ex iure iam diu statuto respondisse videtur, vt notat glos. in *cap. consultationi, de tempo. ordinan. & in c. ex tua de filijs presbyterorum.* facit textus in *cap. fin. de constitutio. & in l. leges 2. C. de legibus cum concordan.* Item quæ indulgentia esset, si clerici fructus non essent, sed pauperibus debiti, ex illis velle alijs creditoribus satisfacere, veris fraudatis creditoribus, quorum causa potior, & antiquior est? nam ortum cum re ipsa, & constitutum est ius pauperum, & ab initio obligatio inhæsit, vt in difficillimo casu argumentatur iurisconsultus, in *l. 2. ff. de reb. eorum.* facit etiam *l. superficies. ff. qui potior. in pigno. habe.* facit in simili, quod eleganter inquit *Modestinus in l. in liberto. ff. de solut.* In liberto antiquior contractus operarum esse non potest, sine quibus libertas ei data non esset.] ita in clerico antiquior obligatio, quam de alendis pauperibus esse non potest, sine qua bona ei data non essent. fac. optimus textus in *l. Iulianus. ff. de manumissionibus. & in l. Caius eodem tit.* text. in *l. licet. C. qui potiores.* optimus textus in *l. peculium 2. in princip. & §. 1. in versicu. nam si semper. ff. de peculio.* præuenisse enim semper pauperes videntur, sicut peculij dominus legis interpretatione præuenit. Item quia absurdum esset fateri, Pontificem in *dicto cap. primo*, mandare id, quod ipse *Archidiaconus* fatetur esse iniquum. Ideo *Abb. Panormitan. in repetitio. cap cum esses, numero 27. de testament.* cui non placet intellect. Archidiaco. aliter respondet, quòd text. non loquatur de redditibus beneficij, sed aliarum rerum patrimonialium, quas clerici debitores haberent, sed diuinare est, alios redditus dictos clericos habere, quam ex beneficijs, cum beneficia eos possidere text. in fine subsentiat.

Et ita dicit *Collectarius*, quem Abb. refert, 2
quod vidit in Romana curia admitti clericum volentem cedere creditoribus fructus sui beneficij, reseruatis tamen necessarijs ad diuinum cultum. Ex quibus de iure, & obseruantia apparet illos fructus non esse debitos pauperibus, alioquin id fieri non posset, iniustum enim esset, quod ex re alteri debita, alteri satisfiat. signum ergo manifestissimum est, illos fructus esse proprios ipsius clerici, & eos liberè posse alienare. Et hoc ratione maxima nititur, nam iniquum esset, vt clericus possidens beneficium pingue, eximatur à debitis, essetque omnino commercium ei interdictum, quod nullo canone factum est, imò permissum clerico est vendere, & emere dummodo non ita mercetur, vt mercatoris nomen, & officium vsurpare videatur. Nec potest dici, quòd id contingat, non quia dominus sit, sed quia administrator cum libera, qui licet peccet, non

tamen in exteriori foro facta ab eo reuocantur, vt *Cardin. & alij*, de quibus in sua opinione retulimus, quia, vbi administratio sola committitur, consideratur, an actus, vel contractus vtilitatem Ecclesiæ respiciat, vel non, vt ex his, quæ statim dicemus apparebit, sed in specie proposita clericus tenetur, & in fructibus sui beneficij fit executio, etiam si nullam vtilitatem ex eo contractu Ecclesia habuerit, si enim vtilitatem habuisset Ecclesia ipsa, nedum clericus posset conueniri, vt in *cap. 1. de solutio.* Ergo dominus plenus, non administrator est clericus fructuum sui beneficij.

3 Tertiò probatur per text. *eiusdem tit. de fideiusso. in cap. cum quibusdam*, vbi textus vult, quod si religiosus fide iubeat sine licentia Abbatis, & maioris patris conuentus, nisi in vtilitatem euidentem monasterij redundasse constiterit, obligatio est nulla, si vero id fiat cum consensu Abbatis, & conuentus pro pecunia ita accepta tenet obligatio, etiam si nulla vtilitas sequeretur ex hoc monasterio. Ergo Abbas, & conuentus obligantur, etiam si id vtile non sit Ecclesiæ, & ita ex fructibus mensæ suæ tenebuntur, sic etiam clericus quoad fructus sui beneficij potest obligari, successor tamen, vel Ecclesia non tenebuntur, nisi pro Ecclesiæ necessitatibus id factum sit, vt in *cap. 1. extrau. de solutio.*

Quartò videtur expressum in *extrau. suscepti regiminis, ne sede vacan.* ex cuius discursu apparet manifestè quod supportatis oneribus, & diuino cultu exhibito, fructus beneficiorum sunt omnino liberi. Quod non esset si omnia quæ supersunt, egentibus, & pijs operibus essent dispensanda. Immò & ibidem admittitur consuetudo, vt beneficiatus habeat hæredes in fructibus sui beneficij, etiam anni post mortem suam sequentis, & ita non solum dominium, & proprietas fructuum viuo conceduntur, sed & mortuo cōsuetudine deberi possunt, ergo natura fructuum beneficiorum non est talis, vt superflua pauperum sint, nihil enim potest magis superfluum reperiri, quàm quod mortuo reseruatur.

Quintò pro ista opinione facit tale argumentum, si bona, quæ pluribus sunt communia, póstea legitimè diuidantur, licet prius cōmuni re non posset liberè quis vti, facta tamen diuisione, portio quæ sibi contingit, ita libera & propria remanet, ac si nūquam fuisset communis. Diuisione ergo facta per dictos canones, illa portio, quæ Episcopo pro eius mensa est applicata, libera ab omni onere remanet, ac si in cumulo, qui cum pauperibus erat communis, nunquam fuisset: eademque ratione est libera à fabrica, & à clero, & eodem modo
4 portio clerici ab omnibus est immunis. Hæc collectio in iure nostro est manifesta, cum diuisionis titulus dominium iustissimè transferat, emptioni enim semper, vel permutationi similis est, vt in *l. 1. C. commun. vtriusque iudi.* Diuisionem prædiorum inquit lex, vicem emptionis obtinere placuit,] & in *l. cum pater, §. hæreditatem, de legat. 2.* & ita vel dominium transfert, si inter dominos fiat, vel aliàs vsucapiendi causam præstat. vt declarat *gloss. in dict. l. 1. & Bartol. in l. cum solus, col. 2. ff. de vsucapio. Decius in l. cum proponas, 2. column. 1. C. de pactis, & consil. 202. Felin. in cap. 1. col. 4. extrau. de re iudica.* & plura refert *Tiraquell. in tracta. de retract. consanguin. §. 1. in gloss. 14. numer. 76. cum sequent. & in §. 32. gloss. 1. num. 88. Franc. Balb. in tracta. de præscript. 1. part. 3. partis quæst. 4.* & intellige, quòd transfertur dominium, scilicet, vt dominium, quod antea erat commune, & non diuisum, nunc in ea parte sit proprium, & ab omni communione liberum. quo fit, vt de illius portionis fructibus libere, tanquam vere dominus disponere possit, quod enim commune erat, proprium est effectum. & hoc elegantissimè voluit *Paulus iurisconsultus in l. recte dicimus in §. Quintus, ff. de verb. signific.* qui referendo ita inquit, Quintus Mutius ait partis appellatione rem pro indiuiso significari: nam quod pro diuiso nostrum sit, id non partem, sed totum esse.]

Quod etiam probatur 6. sequenti argumento. id, quod ex prædicta diuisione pauperibus, 5
vel pauperi tribuitur, ita fit ipsius pauperis, vt nulla obligatione astrictus sit, etiam si aliquid sibi supersit, restituere. nec aliquis vnquam pauperis rem sibi datam pleno iure eius effici negauit, ergo idem dicendum est de clerico quoad portionem sibi assignatam. & hoc argumento vtitur *F. Dominic. de Soto in dict. libr. 10. de iustit. & iur. quæst. 4. art. 3. in 3. conclus.* licet solum vtatur quoad ea, quæ sub eleemosynæ nomine clericis dantur, tamen ad omnia etiā, quæ ex redditibus suæ portionis clericis applicantur aptari potest. quod probatur, quia cum portio pauperum, & portio clerici ex eodem cumulo deducatur, non est cur diuerso iure censeri possit, cum ab vna eademque re proueniat, vt bene argumentatur text. *in cap. cognouimus, quæst. 2.* vbi inquit *Gregorius*: Incongruum namque est, vnam eandemque Ecclesiæ substantiam duplici quodammodo iure censeri.] facit text. in *l. cum qui ædes, ff. de vsucapio.* text. in *cap. quia circa extrauag. de priuileg.* text. etiam in *cap. cum in tua extrau. de decim.* text. & *Bald. in c. 1. §. cum autem, column. 1. de conuers. inuest.* de quo per *Tiraquell. in tracta. de retract. consanguin. §. 1. gloss. 18. num. 21. cum sequent. & in tracta. de nobilita. cap. 28. num. 11. cum sequent. & in repetit. in l. si vnquam, verbo donatione largi. num. 232. C. de reuocan. donat.*

Quod etiam comprobatur septimo, nam 6
si miles suum facit stipendium, si suam mercenarius mercedem, quare clericus redditus in stipendium sibi assignatos, suos non efficiet? nec in milite, neque in mercenario distinguitur, an id, quod sibi statutum est necessarium in victum sit, & vestitum, vel abundans sit, & superfluat. nā si vltra laborem dominus mercenario retribuat, liberalitas domini non debet

bet efficere, vt nos ob id iniquiores simus, vt eum quasi aliena possidentem ad restitutioně oneremus, vt in Euangelio dicitur. si igitur ecclesia vberes, & abundantes fructus clerico assignauit, clericus illius stipendij largioris eodem modo dominus est, sicut & iusti, & necessitati soli sufficientis.

Prćterea 8. si Titius fructus exigui beneficij
7 sibi canonice collati suos legitime facit, quare pinguioris beneficij fructus non eodem modo suos faciet? quę enim differunt secundum plus & minus, non differunt in substantia, vt probatur in *l. fin. ff. de fund. instr. instr. qua leg.* text. vbi *Socin. in l. Marcellus, ff. ad senat. consult. Trebell. in princ.* not. *Bart. in l. imperium, col. 5. ff. de iurisdict. omn. iudi. idem Bart. in l. 2. 2. lectu. col. 2. C. de actio. & obligat.* optime *Aristotel. in l. Ethicor. 1.* & hoc est, quod dici solet, in prćdicamentu substantię non datur plus & minus per aduerbia, licet detur per nomina, non enim potest esse magis, vel minus homo Titius, quam Caius, sed potest esse maior, vel minor, si igitur parui beneficij fructus in dominio sunt clerici, quare non erunt & maximi fructus beneficij? nec enim vnus quàm alius, est magis dominus.

8 Pro ista parte, & opinione S. Thomę facit, quia si hęc opinio non esset vera, sed contraria Archidiaconi, sequerentur plurima absurda, nam in Hispania, vt diximus, est consuetudo, cuius origo memoriam excedit, qua clericis non episcopis permissum est, vt in vita, & in morte de fructibus beneficiorum disponant, & habeant successores ab intestato, si intestati decesserint, Episcopi vero in vita tantū disponunt, & super hoc redditur ius tā apud seculares, quam ecclesiasticos iudices, in Italia vero dicunt doctores nostri opinionem Hostiensi. de consuetudine seruari. Quo fit, vt reddi ius super hoc affirment, hoc enim est seruari consuetudinem, vt ipsi communiter in locis vulgaris dicunt, & passim videmus donationes clericorum validas iudicari, nisi solemnitatis, vel alius, qui alijs obstare etiam solet, defectus in eis reperiatur: in Gallia autem plures doctores de consuetudine testantur, sed asserere omnes clericos ob hoc damnari, non solum est durum, sed temerarium, & audax, licet *Aluarus de Pelagio supr. allegatus de planctu Ecclesiæ lib. 2. cap. 28. art. fin.* dicat, quod licet durum sit, est tamen verum, sed ego existimo non minus esse falsum, & temerarium, quàm durum, & hoc solo fundamento, & hac ratione *S. Thomas,* de quo infra cap. sequenti in resolutione huius quęstionis agemus, decidit similem quęstionem.

9 Decimo, si dictam opinionem Archidiaconi teneremus, & non S. Thom. sequeretur aliud absurdum, vel potius impossibile, quod Ecclesia Dei huius rei non ignara hoc permitteret, & foueret, & licet *Cardin. Caietan. in dict. quæst. 185.* ita respondeat, Nec obstat, si dicatur,
„ quòd iura illa sint per contrariam consuetudi-
„ nem abrogata sciente tanto tempore Romano
„ Pontifice, & non reprehendente, quoniam „
non consuetudo, sed abusus est, & similiter „
multa per patientiam tolerantur, quę, si in iu- „
dicium deducerentur, arguerentur. Hęc tamě „
responsio non placet. Et minus placet quod *D. Martinus Nauarr. in dict. tractat. q. 3. numer. 16.* respondeat summos Pontifices, & alios prćlatos hoc permisisse non approbando, sed solum non puniendo, & dissimulando ad maiora damna euitanda, iuxta nota per *gloss. in c. omnes, 3. dist. & in c. meretrices 32. q. 4. cum alijs per eum allegatis,* damna autem maiora appellat litium, iurgiorum, & inimicitiarum. Quia hę solutiones non tollunt difficultatem, & falsę re ipsa sunt: primo, quia ex hoc ferè totus status Ecclesiasticus, qui laicis deberet esse exemplo, ex sua opinione damnaretur, quod non tollit, imò
comprobat dictum absurdum, item nec verū 10
est, in personis Ecclesiasticis dissimulare iura crimina: ea enim in laicis sćpe dissimulant, non autem in clericis, nec hoc in aliqua iuris parte reperiri constantissimè affirmare audeo. Non enim sal insulsum fieri, à quo alia saliantur, Ecclesia Dei permittere debet, sed corrigere, & emendare, quòd si adeo corruptum sit, vt putridum efficiatur, foras emittet. Dissimulabit ergo has consuetudines Ecclesia in suis prćcipuis membris, quę alijs debent esse exemplo, si essent ita peruersę? absit, nam vt dicitur *Matthæi 6.* Si lumen quod in te est, tenebrę fiat, ipsę tenebrę quantę erunt?] fac. quod dicit tex. notabilis *in cap. qualis 8. q. 1.* ibi, Ecclesiam Dei destruit, meliores esse laicos, quam clericos.] fac. text. *in cap. illud, & cap. quod autem. & c. final. eadem caus. & q.* Et plus exigit Ecclesia in clericis, vt eorum, qui in laicali ordine consistunt obseruantiam, sicut loco, ita & religione prćcellāt.] Ita inquit *diuus Gregor. in cap. fin. 4. dist.* Prćterea licet lex canonica dissimulet aliqua crimina, vt vitentur grauiora, hoc tamen facit in vita, non in morte, quando iam non est correctionis spes, item in vita. nam quamuis non prohibeat, nec puniat, sed tamen tales peccatores arceat à sacramentis. Ideò meretricibus, quas viuas permittit, morientibus denegat Ecclesiast. sepulturam, & denegat viuis sacramenta: clericis verò licet passim testentur diuites consanguineos instituendo, numquam tamen Ecclesia denegauit sacramenta, vel Ecclesiasticam sepulturam: quod omnino esset faciendum, si eos consuetudo non excusaret, cum decederent in euidenti & inexcusabili peccato mortali. Manifestum ergo est consuetudines prćdictas excusare à peccato mortali, & liberare à lege iustitię, alias male faceret Ecclesia eas ita tolerando, quod dicere esset impium, & insanum.

Prćterea esse falsum in facto clarius apparet, non enim in his datur dissimulatio, vel cōniuetur. nam redditur ius passim, palam, & pu-
blicè in Ecclesia Dei, non solū per iudices or- 11
dinarios, & inferiores, sed per delegatos imme-

diatè à summo Pontifice, & in cõspectu ipsius, non ergo simplex dissimulatio, sed expressa approbatio est, & non particularis alicuius negotij, quod ad exemplum trahi non debeat, iuxta text. in *l. quod princip. ff. de constitut. Principum*, sed iure ordinario id iudicatur. Manifestè igitur ex his apparet, istas consuetudines non esse prauas, vt dicti domini affirmant, nec naturam bonorum Ecclesiasticorum adeò immutabilem esse, vt ipsi existimant, & faciunt. fac. in simili quæ dicit *Magist. sentent. in 4. distinct. 21. in cap. 3.*

12 His non est alienum (licet volubile videatur hoc argumentum) quod per *Epistolam decretalem ad hæc, 2. de testam. in compil. antiq.* approbatur consuetudo similis supradictæ secundùm *Ioann. Andr. in dict. regul. nemo potest plus, numer. 3.* ex quo textu probatur apertè hæc opinio. & licet sint, qui dicant, vt *idem Ioann. Andr.* argumentando ibidem, illam decretalem epistolam positam in prima compilat. decretalium fuisse in 2. compilatione dimissam, hodie enim in decretalibus non habetur, quia erat iniusta: tamen id verum non est, sed ideò non fuit posita, ne illius exemplo in alijs locis, vbi non erat ea consuetudo, induceretur. Eo enim tempore non ita dilatata erat consuetudo, quæ hodie in omnibus ferè prouincijs increbuit, immò sensim obrepserat. nam tempore Ioan. Andr. non ita erat generalis, vt nunc est, nec respectu locorum, nec respectu beneficiorum. In multis enim locis penitus erat incognita, in alijs solum in simplicibus beneficijs, quibus nõ esset administratio annexa, erat inducta, & ita eo tempore visum est iustè, vt dict. decretalis, quæ eam approbabat, non insereretur in decretalium libro, ne traheretur in exemplum, quod vno vel altero loco obseruabatur. argument. text. in *cap. super eo in fin. de cognat. spiritual. secundum Ioann. Andr.* quod si instes, ex hoc colligi, consuetudinem illam non esse laudabilem, cum à Pontificibus sit cautum, ne traheretur in exemplum, respondebo, quod dubium non est, melius esse clericos bona sua pauperibus omnia distribuere, & omnia non solum, quæ de præcepto sunt, sed de consilio obseruare, & consuetudines, quæ consilia euangelica respiciunt, meliores esse: tamen si lex, vel consuetudo aliter se habeat, non statim iniqua est, etiam quod ea permittat, quæ consilijs non satisfaciant, dum tamen non sit contra præcepta. Ideò in hoc leges, vel consuetudines in quamcunque partem inclinent, non sunt aspernandæ: optandum tamen est, vt homines sua voluntate consilia sequi intendant. & ita melius esset, vt consuetudine induceretur, vt quæ supersunt omnes in pauperes largirentur, sed licet optandum id sit, nõ tamen imperandum, nisi se sua sponte astringant, sed cauendum, ne exemplis & consuetudinibus à meliori vita auocentur. & ita iure d. c. fuit omissum in secunda compilat. maximè quia induci consuetudinem contra legem, nõ potest quodammodo sine peccato fieri, quæ enim ante præscriptam & perfectam consuetudinem fiunt, non iustè fieri, cum contra legem fiant, crebrius est, licet possit etiã aliquando à licitis actibus incohari consuetudo ex mente *S. Thom. 2. 2. q. 97. artic. 3. in 2. & ad secundum*, & declarat *Ioan. Driedo de libert. Christi lib. 1.* vbi agit de consuetudine pag. 128. & quia (vt inquit *Vlpian. in l. 2. ff de constitut. princ. S. Th. in 1. 2. q. 97. art. 2.* In rebus nouis constituendis euidens esse vtilitas debet, vt recedatur ab eo iure, quod diu æquum visum est.] & Thucydid. *lib. 1. de bello Peloponensi*, καὶ ἡσυχαζούσῃ μὲν πόλει, τὰ ἀκίνητα νόμιμα, ἄριστα. cauẽdum itaque fuit, ne leuiter ius antiquum mutaretur, sed postquam consuetudine mutatum est, non temerè à consuetudine est recedendum. nam vt eleganter inquit *Ioann. Dried. in dicto loco pagin. 128.* quamuis lex in se magis vtilis esset reipublicæ nondum habenti contrariam consuetudinem, non tamen est magis vtilis reipubl. assuetæ in contraria consuetudine: Quia defectus nostri temporis, quibus non solum merita, sed etiam corpora ipsa defecerunt districtionis illius non patitur manere censuram.] inquit *Pelagius in c. fraternitatis, 34. distinct.* & vt inquit *D. August. ad Bonifacium, in cap. vt constitueretur. 50. distinct.* Detrahendum est aliquid seueritati, vt maioribus sanandis malis charitas sincera subueniat.] Quod est maximè notandum ne à consuetudinibus, quæ sine peccato, & reipubl. damno possunt obseruari, de facili discedatur, ne grauiori oneri homines subijciantur. Quod in illo primo apostolico concilio diuinè ordinatum est, dum ita decretum fuit: Visum est enim Spiritui sancto, & nobis, nihil vltra imponere vobis oneris quàm hæc necessaria, &c.] Et ita sæpissime Ecclesia de suo iure decedit, quia homines consuetudinibus assueti difficile ab illis possent submoueri, & summo iure vtendo, potius scandalum, quàm correctio morum sequeretur. Et ita *D. Gregor. in c. denique, 4. distinct.* inquit. Et ideò cum venia, suo ingenio relinquendi sunt, ne forte peiores existant, si à tali consuetudine prohibeantur, vt enim ait Salomon, Qui multum emũgit, elicit sanguinem.] Sic etiam Ecclesia suo iure decedere potest excommunicatum contumacem, & induratum, inuitum, & impœnitentem absoluendo ab excommunicatione (licet sacramentaliter à peccato non possit) ne Ecclesiæ suffragijs priuetur, cum videt excommunicationis medicinam non operari, sed potiùs reddi in contemptum, vt sentit *S. Tho. in addit. 3. p. q. 24. art. 2. ad secundũ.* vbi dicit, quod etiam manẽte contumacia, potest aliquis discretè excommunicationem, iustè latam remittere, si videat saluti eius expedire, in cuius medicinam excommunicatio lata est. Hæc sunt verba S. Tho. idem voluit *Abb. in c. significauit, extrau. de eo qui dux. in matr. post Ioan. Andr. col. 2.* vbi *Domin. nu. 5. in cap. 1. de sent. excom. libr.*

libr.6.& Felin. qui alios refert in *cap. Apostolicè,*
columm.1. de exceptionib. Multa etiam castra, &
bona posset Ecclesia vendicare, quæ malè alie-
nata sunt, tamen ex taciturnitate Ecclesiæ for-
san sine peccato possidentur, quæ non possent
Ecclesia petente sine peccato retineri, sed con-
niuentibus oculis, pia, & sancta mater Ecclesia
dissimular, ne lites & controuersiæ, dissensio-
nes, & bella oriri possint. Hoc enim secun-
dum Aristotel. inter bonum, & æquum inter-
est, Quod qui non est in malam partem durior
iudex, sed de suo iure decedit, etiam si habeat
legis præsidium, is & æquus, & bonus est ha-
bendus.] Sic in tota Italia Ecclesia dissimulat
exigere decimas, vt *infra in cap. sequenti.* ex san-
cto Thom. dicemus, & his similia multa piè
facit Ecclesia, ne fragiles scandalizentur, &
vult potius multorum temporalium subire ia-
cturam, quàm animas fragilium summo iure
constrictas periclitari.

13 Vndecimo ex dict. opin. Archidiac. seque-
retur & aliud absurdum maximum, quod bo-
na Ecclesiastica prædictis militibus, ordinibus
S. Iacobi Calatrauæ, & Alcantaræ iniustè, &
illicitè essent applicata, non enim dicti milites
sunt Ecclesiasticæ personæ, licet modi viuendi
„ ipsorum appellētur religiones. nam vt sanctus
„ Thom. inquit, Illi modi viuendi secundū quos
„ homines matrimonio vtuntur, non sunt sim-
„ pliciter, & absolutè loquendo religiones, sed
„ secundum quid, in quantum participant quę-
„ dam, quæ ad statum religionis pertinent. Ita
S. Thom. 2.2. quæst. 186. art. 4. ad 3. licet hoc solum
quod coniugio vtantur, non videatur efficere,
quin personæ Ecclesiasticæ sint, vt sunt presby-
teri Græci, qui etiam matrimonio vtuntur, li-
cet alia ratione, vel modo, tamen ex alijs cau-
sis institutio horum ordinum instituto Eccle-
siasticarum personarum repugnat, vt in biga-
mia, & irregularitate manifestè videtur. Ideò
idem erit in commendatoribus S. Ioann. Hie-
rosolymitan. qui matrimonio non vtuntur: &
ita professione vel religione ipsorum non dis-
soluitur matrimonium non consummatum, vt
d. *F. Dominic. de Soto in 4. distinct. 27. quæst. 1. art. 4.*
nec mirum enim cum nec per susceptionem
sacrorum ordinum dissoluatur, vt in *extrauag.*
antiqua. Ioan. 22. de voto. Ne igitur sequatūr hoc
absurdum, seu potius impossibile, quod Eccle-
sia in hoc errauerit, permittendo, & conceden-
do prædictis bona Ecclesiastica, & partem de-
cimarum, euincitur necessariò horum bono-
rum non ita immutabilem esse naturam, vt si
quid eorum extra prędictos vsus pauperum, &
clericorum, & aliorum piorum locorum con-
feratur, statim leges iustitiæ violentur in ho-
rum bonorum dispensatione, quòd si aduersa-
rij instent in specie proposita, in eosdem vsus
hæc bona distribui, cum prædictis commen-
datarijs, quos appellant, applicantur, cum & ij
pro Ecclesia militent, & vsus Ecclesiæ neces-
sarios præstent, ideò & ministros esse Ecclesię.

nam si id non reipsa, sed nomine tale omnino
sit, ex dicto Archidiac. & sequentium opinio-
ne non esse securos apparet, sicut in fructibus
beneficiorum clerici non erunt secundum eā-
dem opinionem securi, si id, ob quod dicta bo-
na sunt constituta, re ipsa non præstent. Nam
sentiunt eo ipso, quod extra casum necessarij
victus, & vestitus clericorum, & pauperum, &
piorum locorum, dicta bona reperiantur, qui-
bus iure diuino sunt destinata, statim lege iu-
stitiæ submitti, & peccari, & restitutionis reos
possessores fieri. Ergo cum extra casum huius
ministerij Ecclesiæ sint reipsa dictæ religiones,
bona prædicta iniustè à vero Ecclesiæ ministe-
rio sunt separata, & iniustè à dictis ordinibus
possidentur, quod nemo dixerit, nec sectato-
res dictæ opinionis Archidiacon. Nam & ipse
dominus Martinus Nauarr. dictos commen-
datores solum quoad ea, quæ sibi superfluunt,
reos efficit, non tamen negat dicta bona Ec-
clesiastica ab eis legitimè possideri, quod ta-
men ex suis, & Archidiac. opinionibus neces-
sario deducitur falsum esse.

Duodecimum & fortissimum argumentum
contra istam opinionem Archidiac. & pro opi-
nione S. Thom. colligitur etiam ab absurdo, si
enim assignatione facta portionis suæ clericus
non esset securus, sed lege iustitiæ teneretur
restituere, quod natura horum bonorum ex
lege iustitiæ ea sit, vt solum in pios vsus, & pau-
peres, & necessariam sustentationem clerico-
rum debeant dispensari, etsi, vt inquit *D. Petrus*
de Soto supra allegatus in lib. de institut. sacerd. 2.
parte de vita sacerd. lectur. 3. de bon. Ecclesiastic. &
eorum vsu, nulla ratione, aut potestate humana
fieri potest, vt licitè in alios vsus, quam Eccle-
siasticos, & pauperum expendi possint, quod
de iure diuino id sit, necessario sequitur, vt
quicquid extra istum vsum reperitur lege iusti-
tiæ condemnetur. Ex quo etiam sequeretur,
quod seculares, qui decimas etiam ante conci-
lium Lateranense alienatas possident, cum illæ
decimæ, quæ Ecclesiæ bona sunt, extra prædi-
ctos vsus reperiantur, omnino restitutionis
rei fiant, & iniusti possessores censeantur. Hoc
autem falsum est, & per doctores nostros pas-
sim reprobatum, qui dicunt iure possidere
laicos decimas in feudum, sibi concessas ante
Concilium Lateranense, ita doctores in *c. cum* 14
Apostolicam, de his, quæ fiunt à prælatis sine consen. cap.
& in cap. prohibemus, de decim. per recentiores, va-
rijs in locis *Alexan. de Imol. consil. 6. volum. 1. Felin.*
& Parisi. in cap. causam quæ de præscript. idem Parisi.
consil. 25. volum. 4. Ias. in c. ap. 1. column. 4. qui feud.
dare poss. qui referunt alios, quinimmo ex con-
cessione Ecclesiæ indistinctè posse laicos pos-
sidere decimas, vt ex infeudatione vult *san-*
ctus Thomas 2.2. quæstion. 87. artic. 3. ad 3. & vide-
mus Principes seculares ex Sedis Apostoli-
cæ concessione decimarum partem accipere,
sed certum est, quod maiori ratione defen-
di possunt ea, quæ extra necessariam causam

clerici de fructibus suorum beneficiorum possident, & sibi superfluunt, quam ea, quæ laici dictorum bonorum extra dictas causas possident, & tamen illi lege iustitiæ non sunt rei, immo iusti possessores. Ergo & portio clericorum à lege iustitiæ, licet superfluat, est secura, cum illa laicorum in totum extra casus destinatos ex natura rerum reperiantur. Et his opinio S.Thom. quæ sola sua authoritate est satis fulcita contra opinionem Archidiac. & magis communem canonistarum, remanet comprobata.

15 Ex S.Thomæ opinione, & etiam Archidiac. in quibus huius argumenti vis versatur, manifestè deducitur opinionem Hostiens. nullo modo defendi posse, contra quam omnia supradicta pugnant, & rationes pro Archidiac. & S.Thomæ opinionibus adductæ. Nam cum beneficia simplicia, & quæ habent administrationem annexam ex eisdem bonis sint constituta, vel ex decimis, vel oblationibus, vel alijs rebus Ecclesiasticis, non est, cur diuerso iure censeantur, vt dictum est. Et ita Archidiacon. supra allegat. dixit, hæreticum esse in iure nostro istam constituere differentiam, non vt intelligas hæresim appellare Archidiac. quòd error in fide sit, sed quòd adeo à sensu communi, & mente canonum est aliena, vt nemo, nisi qui ab eisdem canonibus apertè dissentire velit, eam sequi possit. nam & *Ancharran. supra allegat.* inquit, distinctionem illam adeo absurdam, vt si facienda esset distinctio, per contrarium fieri debeat, scilicet vt qui beneficium cum administratione habet, quod magis in Ecclesia Dei laboret, dominus fructuum sit, & liberè disponere possit, qui verò simplex, & sine administratione beneficium, cùm minus laboret, minus in fructibus ius habere debeat.

16 *Contra Ancharran.* Quod & de pensionibus dici posset, sed non ita fœdè lapsus est Hostiens. vt ipsi putant, Hostiens. enim eò prospexit, quod cum Episcopo, cui summa administratio suæ Ecclesiæ est commissa, & iure & consuetudine durius agatur, eo quod æquum videtur, vt qui non solum partem suam, sed aliorum administrat rationes, inuoluendi nulla detur occasio, sed vno verbo secum computatio fiat, vt quod non ostenderit, ex patrimonio suo, vel largitionibus amicorum ad eum peruenisse, Ecclesiæ dimittere teneatur, cum eo vero, qui partem suam adeò separatam habet, vt alienarum rerum administrationi se immiscere non possit, cum non possit in alieno, quod non attingit, fraudem committere, non opus sit cum illo, hoc summo rigore agere, licet hæc obseruatio in alijs administratoribus, vt tutoribus, & curatoribus, qui licitè aliunde quærere possunt, à iure non approbetur. Non enim ostendere tenentur, vnde effecti sint locupletiores:
17 vt expressum est in *l. si defunctus, C. arbitri. tut. & in l. extat decretum, ff. de iur. fisc.* notat *Bartol. & omn. in l. cum oportet, in fin. princip. C. de bono. quæ lib. & Bartol. in tractat. de duob. fratrib. numer. 5. & idem Bartol. in l. si patruus, 2. column. numer. 4. C. commun. vtri. iud. Bartol. & Ioann. de Platea in l. defensionis facultas, in § fane, C. de iure fiscal. libr. 10. contra gloss.* ibi latè per *Deci. in consil. 6. per totum.* Non tamen hoc exemplo destituitur, nam hoc seruatur in *cap. primo secundo responso. de feud. guard. in vsibus feudor.* vbi textus inquit, Si verò Castaldi aliquid nomine proprij feudi possederint non valebunt propterea possessionem sibi defendere, nisi per pares curiæ vel breue testatum potuerint probare, se antequam Castaldi essent, vel postquam desierint esse, inuestituram accepisse.] & ibi gloss. inquit, quod Castaldus dicitur, cui res domini gubernandæ committuntur. & ita ex re domini gubernator acquisisse videtur. Et idem in vxore vt turpis quæstus suspectio vitetur, vt inquit *Pomponius in l. Quintus, ff. de donat. inter vir. & vxor.* Cùm in controuersiam venit vnde ad mulierem quid peruenerit, & verius & honestius est, quod non demonstratur vnde habeat existimari à viro, aut qui in potestate eius esset, ad eam peruenisse. Euitandi autem turpis quæstus gratia circa vxorē, hoc videtur Quintus Mutius probasse,] & probatur in *l. etiam, versic. nec est ignotum, C. eod. tit.* Aliàs autem regulæ *dict. l. si defunctus,* standum est, licet contra eam malè *Iason in l. 2. num. 173. C. de iure emphyteutic.* velit omnes res ab emphyteuta possessas videri emphyteuticas, nisi ostendat emphyteuta liberas esse, & aliunde, quam ex emphyteusi habuisse, quod nulla lege vel ratione verum esse potest, nisi manifestè appareat, dolo emphyteutæ, res esse conturbatas. tunc enim forsan domino iuramentum differetur, si id iudici visum fuerit. argum. *tit. ff. de in litem iurand. & in l. si quando, C. vnde vi.* sed non tamen à regula *dict. l. si defunctus,* erit recedendum. Ideo opinio Hostiens. non est tenenda, cum, vt supra dictum est, natura rerum Ecclesiasticarum, ex quibus beneficia administrationem habentia, & non habentia sunt constituta, eadem sit, ideo administrationis sola ratio hoc ius mutare non debet, vt in *d. l. si defunctus,* ne ex officio bona fide præstito quis oneretur. arg. *l. si quis ex signatoribus, ff. quemadmod. testam. aper.* vbi inquit *Caius,* Etsi iniquū, damnosum esse cuique officium suum.] bonus textus in *cap. cum non deceat, de electiou. libr. 6. & l. cum quædam mulier, C. de administrat. tutor. & in l. videlicet, ff. ex quib. caus. maio.* vbi concordant in gloss. Notandum tamen est quod Hostiensis, dum loquitur de habentibus administrationem intelligi debet, si habent administrationem aliarum rerum quàm earum, quarum fructus sibi sunt assignati, vt de Episcopo, cui vltra portionem suam administratio alienarum partium est commissa, vt in *cap. Vulterana, versic. pariter, in cap. quatuor, & in cap. de redditibus, cap. concesso. supra alleg.* probatur in *cap. Episcopus, 19. quæst. 2.* & ideo habens dignitatem, si solum suæ mēsæ applicata

applicata committantur, non dicetur ad hunc effectum habere administrationem, de quo in *c. expedit 12. q. 1. & in c. quisquis Episcopus 12. q. 2.* ideo non placet, quod *Innocen. in c. requisisti, in fi. de testam.* dicit, quod, qui potest iniungere pœnitentias, dicatur habere administrationem, nec quod vult *Ioan. And.* de quolibet habente curam animarum, quia id in hac materia, & in materia illius textus verum non est, quicquid Dominic. malè velit in *c. præsenti de offic. ordinar. lib. 6.* & quod aliàs *Innoc. in c. ex literis de probatio.* sentit, & in *cap. transmissam de electione*, quod canonicus, qui habet præbendam distinctam, dicatur habere administrationem, id verum est in terminis, in quibus ipse loquitur, vt pro rebus præbendæ suæ agere possit, & ipsarum rerum habere administrationem dicatur, ea tamen administratio causalis est, quæ à iure proprio, seu dominio, vt infra dicemus, producitur, non vero est formalis, & separata à iure proprio, qualis est administratio, de qua, opinio Hostiensis est intelligenda per rationem supra dictam. Quod est notandum, quia doctores nostri non satis hoc intellexerunt, vt ex supra allegatis apparet, & ex *Barb. in dict. cap. final. de pecul. clerico.* & ita debet intelligi opinio Hostiensis, vt colorem aliquem habeat, licet, vt diximus, non sit tenenda: nisi quatenus consuetudine approbetur ex his quæ infra dicemus.

18 Item nec est probanda opinio Cardina. Zabarellæ, quæ à supradictis opinionibus est diuersa, licet non omnino ratione destituatur, nam cum hinc videamus liberum vsum clerico suorum redditu um more & consuetudine, quæ solet legum esse certissima interpres, non inhiberi imò non solum consuetudine, verùm etiam in canonibus distrahere passim clericis permittatur, & debita de his fructibus contrahere, & exoluere, inde vero clericos maximè reprehendi, quod rebus pauperum, & Ecclesię tamquam proprijs abutantur. Cardina. Zabarella his angustijs constitutus existimauit hos canones eò pertinere, vt clerici peccati rei constituantur, ab illis vero adeò administrationē cum libera sibi facultate concessam, vt quicquid de his bonis in vita statuerint rata firmaque habeantur, nec restitutionis necessitate obligentur, posse tamen eis administratione interdici, sed interim gesta retractari non posse. Sic igitur vult peccare eos, qui superflua nō dant pauperibus, ad restitutionem tamen obligari noluit, quę opinio licet videatur in S. Thomæ opinionem aliquo modo incidere, in mul-
19 tis tamen differt, cum Cardinal. clericos non dominos, sed administratores efficiat, & eorum potestatem in suis fructibus nulit eandem esse, quàm in bonis proprijs possunt exercere. At *S. Thom.* eos dominos constituit, & idem ius eis in portione sibi assignata, quod in patrimonialibus proprijs bonis habent, concedit.

Item interdici his bonorum administratione, si abutantur, vult Cardinal. Sed *S. Thomas* non magis horum bonorum interdictionem admittit, quàm propriorum, cum eiusdem rationis ea esse censeat. Et hęc opinio Cardinalis, licet in fronte non videatur iniqua, magis tamen periculosa est, & alijs nocentior, dum vult canones, & decreta defendere ea, quæ de facto fiant, sed non tollere peccatum asserit. Nam neque verum est defendere facta, cum emptorum à clerico alienationem non permittant, vt supra visum est, nec æquum sit, vt ecclesia iniquitatibus & peccatis clericorum conniueat. Ideò vt sæpè dictum est, in duabus prioribus opinionibus extat pondus huius materiæ. Omnes autem aliæ opiniones, quæ modum seu temperamentum amplectuntur, non sunt veræ, & in iure semper suspectæ sunt, & rusticorum iudicijs similes, vt dicit glossa in *l. Nesennius. ff. de negot. gest.* cum veritas vna sit, & simplex: falsum vero, multiplex, varium, & infinitum, sicut apud *Aristotelem lib. 2. Ethicorum* Pythagoræi de malo rectè pronuntiant.

Denique aut clerici domini fructuum beneficiorum sunt, vt vult S. Thom. & recentiores, aut non sunt veri Domini, sed administratores, vt Archidiac. quid igitur ex ijs opinionibus eligendum sit in sequent. cap. demonstrabimus.

CAPVT II.

In quo examinatur opinio S. Thomæ.

SVMMARIVM.

1. *Sanctus Thomas non facit differentiam inter Episcopum, & clericos.*
2. *Argumentum contra opinionem S. Thom.*
3. *Responsio ad dictum argumentum.*
4. *Conclusio secundum Sanctum Thomam.*
5. *Argumentum contra conclusiones.*
6. *Solutio ad argumenta, & de potestate legis positiuæ circa legem diuinam, & naturalem.*
7. *Intentio legis non obligat, sed lex.*
8. *Etiam si deficiat causa legis, non deficit lex.*
9. *Resolutio materiæ ex diuo Thom. & num. 10.*

IN præcedenti capite posnimus opinionem sancti Thomæ, & tationes, quibus comprobari videtur, & absurda, quæ ex Archidiaconi opinione sequuntur, sed quia non est satisfactum allegatis in contrarium, & ex opinione sancti Thomæ videntur etiam sequi aliqua absurda, opus est specialius id examinare, & constituere, quæ opinio sit tenenda. In primis ego existimo opinionem Sancti Thomæ cum interpretationibus, quas infra ponemus, esse omnino sequendam, pro cuius intelligentia, & resolutione, vt res melius intelligatur, contra eius opinionem sic oppono.

Primo Sanctus Thomas in sua opinione 1
nullam constituit differentiam inter Episcopum, & alios clericos, nam, vt ex eo apparet,

eiusdem rationis existimat portionem Episcopo assignatam, & portionem assignatam clerico, & vtriusque portionis fructus bonis patrimonialibus æquat. Istud tamen est falsum, quia in diuisione facta *in cap. nos 12. quæstio* 2. portio, quæ assignatur Episcopo, non simpliciter sibi assignatur, sed propter hospitalitatem, & susceptionem, vt eius verbis vtar, maximè quia Episcopus hospitalis debet esse, vt *Apostolus* inquit. Item quia pauperum pater dicitur, vt in *d. c. gloria Episcopi* 12. q. 2. ergo opinio S. Tho. non simpliciter est vera, debuit enim inter eos differentiam constituere.

2 Secundò aut S. Thom. vult cõstituere suam opinionem de iure, aut de consuetudine, si de iure, obstant omnia, quæ pro Archidiac. dicta sunt, & quæ statim dicemus, Si de consuetudine, consuetudines non sunt inter se similes, alia enim est consuetudo, quam glos. ponit in *dict. cap. præsenti*, alia est, qua in Hispanijs vtimur, alia vero in Italia, & alio modo agitur cum Episcopis in Hispania, quia non testantur, alio cum alijs clericis, quia testantur, & habent ab intestato successores. ergo sententia S. Thom. simpliciter non est vera.

Tertio aut S. Thomas habuit rationem diuisionis, & illa, sicut & hodie, forsan non erat in vsu, aut consuetudinis, & ea, vt diximus, erat varia, nec eius indistinctè potuit haberi ratio.

Quarto, vt inquit *D. Nauarrus quæst. 1. numero* 59. vel eorum intentio, quæ huiusmodi diuisiones primitus induxerunt, fuit iniusta, quod credendum non est, vel certè fuit, vt vnusquisque de sua portione possit disponere illo modo, quo ante diuisionem prælatus poterat de vniuersis, videlicet vt sustentaret se honestè, & reliqua pauperibus erogaret, hoc est ipsius D. Nauarri argumentum, quod magis quoad erectionem beneficiorum vrget.

Quinto S. Thom. vult naturam horum bonorum non distare à bonis patrimonialibus, vt apertis verbis dicit, & tamen de patrimonialibus clerici disponunt in vita, & in morte, vt est in iure expressum in multis locis, *extrau. de testam. cap. 1. & c. quia nos 12. q. 5 per totam*, sed de his non testantur, ergo opinio S. Thom. simpliciter non est vera.

Sextò, vt supra dictum est, empta ex fructibus beneficij fiunt Ecclesiæ, sed aliunde empta sunt clerici, ergo non sunt eiusdem rationis fructus beneficiorum, & bona patrimonialia.

3 Sed his omnibus, & alijs supradictis respondetur breuiter, quod S. Thomas pro ingenij sui mirabili dexteritate posuit sententiam suam ab omni difficultate, & impugnatione liberam. dixit enim, ex natura bonorum nihil differre portionem assignatam clerico à bonis patrimonialibus, & posse de ea sicut de patrimonialibus disponere, quasi velit, quòd si à iure vel consuetudine aliud non statuitur, natura ipsa rerum nihil aliud postulet, quia assignatio portionis facta hoc efficit, vt eius dominus sit, vt infrà clarius dicemus. Non ergo S. Thomas negat, si Episcopo vel clerico per legem, vel consuetudinem aliquid specialiter imperetur, id obseruandum esse. Non enim de hoc ibi tractat, sed de natura bonorum, & de personis clericorum, quorum institutum nihil speciale postulat, cum ij non sint ad ea, quæ sunt supererogationis, & sic nec ad paupertatem astricti, illa vero cum assignantur, non sunt alterius naturæ, quam propria bona. Non igitur tollit S. Thom. si onus vel offerentium voluntate sit illis bonis imperatum, vel consuetudine vel speciali lege aliquid ordinatum, quin obseruari debeat, id enim ex accidenti non ex natura rerum vel personarum contingit.

Ad primum igitur respondetur, quod ibidem non loquitur text. de hospitalitate ex lege iustitiæ, sed ex lege charitatis, vt infra dicetur, & idem de dicto Apostoli dicendum est. Et idem de obligatione quæ inest decimis de subueniendis pauperibus, vt optimè de feud. *Domi. de Soto. lib. 9. de Iustit. & iure. q. 4. in 4. ratio.* Et ita respondetur ad id quod dictum est supra in 3. particula, cap. 4. nu. 9. in argum. adducto pro Archidiaco.

Ad secundum responsum ex præcedenti, quia considerauit naturam rerum, & personarum, sed non dixit statuta, vel consuetudines non seruandas.

Ad tertium S. Thom. habuit rationem vel diuisionis vbi seruabatur, vel erectionis beneficiorum, quæ idem operatur, quæ est specialis quædam assignatio sufficiens ad transferendum ius, & dominium, vt infra dicemus, & idem, quod operabatur diuisio in parte clerico destinata, operatur erectio beneficij, vel separatio mensæ Episcopalis, vel abbatialis, seu alterius beneficiati.

Ad quartum respondendum, ob id, quod dicit *D. Nauarrus*, vel alia iustissima causa id factum esse, imò ob causam necessariam, vt discordiæ, quæ oriebantur ex communione, vitarentur, & cum Ecclesia id fecerit, non potest dici non esse factum maxima cum ratione, & cum intentione pia, vel diuidendo dicta bona, vel separando, & erigendo in beneficia. Sed hoc nihil concludit, quia, vt supra diximus, intentio legis non obligat, sed ipsa lex. Ideo etiam si intentio fuerit ea, quam *D. doctor Nauarrus* ponit, non obstat supradictis, & satisfieret etiam intentioni, si leges misericordiæ clericus obseruet, de quo infrà dicemus.

Ad quintum S. Thomas non tollit, quin seruetur ius, vel consuetudo in testando, vel non testando. Nam in hoc dispositioni iuris positiui standum est, quod non sine causa clericis testandi facultatem interdixit, vt optimè docet *D. Nauar. in 3. q.* sed non ea ratio efficit, vt ius illud positiuum immutabile contra naturam suam reddatur.

Ad sextum idem, quod supra diximus: & infra dicemus in cap. 6. numero 11. circa finem

non

non enim tollit S.Thomas, quin si ius specialiter ordinat, vt in aliquo casu speciali non disponant, sed Ecclesiæ bona reseruent, id obseruetur, cum enim naturam bonorum ita liberam constituit, & quasi tabulam læuem, seu rasam, in qua nihil depictum sit, efficit, apertè vult hæc bona, postquam clerico separata, sunt apta nata esse ad recipiendum quamcumque legem, & quamcumque consuetudinem, illam que legem & consuetudinem in foro exteriori & conscientiæ esse obseruandam. Et hæc est resolutio, quam ex sapientissimo viro colligendam existimo.

4 Sit itaque conclusio, clericus etiam Episcopus de fructibus portionis sibi assignatæ, si naturam rerum vel personarum respicias, potest ita disponere, sicut laicus de bonis patrimonialibus posset, quo fit vt leges & consuetudines, & priuilegia bona, & personas afficiant, siue disponere liberè permittant, siue certis casibus id fieri prohibeant, ideoque commendatores ordinum, quos vocant, & laici, qui ex Sedis Apostolicæ priuilegio, vel antiqua consuetudine possident decimas, vel alia bona Ecclesiastica, tali consuetudine, vel priuilegio redduntur securi, dum tamen specialiter de his statuta obseruent.

5 Sed contra istam opinionem sic argumentor iure naturæ, & per consequens diuino, & Apostolorum primæuo instituto, bona hæc sunt destinata in ministrorum Ecclesiæ sustentationem, & diuini cultus exhibitionem, & pauperum alimenta, vt supra latissimè ostensum est in principio huius libelli, ergo consuetudines tales, & leges huic instituto contrariæ, prauæ, iniquæ, iniustæ & contrarius diuinum, & humanum sunt censendæ, vt latius *D. Martinus Nauarr. in dicto suo tractat. q.1.* & ita earum nulla habenda est ratio.

Secundò patet, quia siue hæc bona, ex quibus hæ portiones sunt assignata, sint ex oblationibus, seu decimis, siue piorum hominum largitionibus, seu per industriam ab Ecclesia alijs titulis acquisita, sunt talia, qualia modo in præcedenti argumento diximus, vel iure diuino, vt dictum est, vel piorum hominum donantium voluntate. Ergo natura horum bonorum non est talis, qualem eam efficit S.Tho. sed ea, quæ vel à donante est imposita, vel ea cessante, quæ à prædicto iure diuino descēdit.

6 Sed his respondeo, verum esse, quod hæc bona iure diuino generali, & eorum institutione habent naturam supradictam, sed cum lex canonica, & positiua possit legem naturalem, & diuinam generalem, & indefinitam determinare, & determinationes ita factæ pertineant ad legem iustitiæ, si sint ad alium, si his determinationibus satisfiat, à lege iustitiæ diuina, & positiua quis est liberatus, sed vt hoc clariùs eluceat, exempla & similitudines subijciamus, quæ licet Theologis sint notissima, nostris tamen adeò sunt necessaria, vt prætermitti nulla ratione possint. Videmus igitur in simili, quòd offerre sacrificium Deo, est de lege naturæ in communi, determinatio autem sacrificiorum est de lege diuina vel humana, quomodo, & quo tempore fieri debeant, hoc colligitur ex *S.Thom. 2.2.q.85. artic.1. ad primum*, vbi ponit hæc verba, Aliqua in communi sunt de iure naturali, quorum determinationes sunt de iure positiuo, sicut quòd malefactores puniantur, habet lex naturalis, sed quod tali, vel tali pœna puniantur ex constitutione diuina vel humana, similiter etiam obligatio sacrificij in communi est de lege naturali, & ideo in hoc omnes conueniunt, sed determinatio sacrificiorum est ex institutione humana, vel diuina. Huc vsque sunt verba Sanct. Thom. Sic etiam videmus in decimis, quę naturali diuino & positiuo iure debentur, positiuo in determinatione specialiter decimæ magis, quam nonæ, vel vndecimæ, ex mente *eiusdem S.Thomæ 2.2.q.87. artic.1. in responsione*, vbi inquit, Sic ergo patet, quod ad solutionem decimarum homines tenentur, partim quidem ex iure naturali, partim etiam ex institutione Ecclesiæ, quæ tamen pensatis opportunitatibus temporum & personarum, posset aliam partem determinare soluendam. Ita S.Thomas.

Quo fit, vt qui tunc solueret id, quod per Ecclesiam esset determinatum, nonam vel duodecimam, vel aliam partem, legi iustitiæ satisfaceret. Sic de confessione, quæ iuris diuini est institutio, per ius positiuum quoad tempus determinatur, vt in *cap. omnis vtriusque sexus. de pænitent. & remissi.* sic de obseruatione festorum fiunt determinationes per Ecclesiam, vt istius, vel illius sancti natalitijs à seruilibus abstineatur operibus. Sic etiam in matrimonijs fiunt per Ecclesiam determinationes circa gradus, & personas, & modum præstandi consensum, sicut ex iure antiquo, & hodie ex nouissimo sacro Tridentino Concilio videmus, & sunt mille alia similia, in quibus Ecclesia determinat ius naturale, & diuinum, ita in proposito argumento potuit optimo iure Ecclesia determinare portionem clerici, vel Episcopi, vt fecit in *dict. decretis* 12.q.2. & postea magis specialiter per erectionem beneficiorum, qua erectione facta, ex lege iustitiæ satisfactum est naturæ rerum, si ea portio detur clerico, quæ sibi per dictam determinationem contingit: quæ determinatio lege humana, vel consuetudine eadem ratione fieri potest, sicut & in multis supra dictis facta fuit, vt & in ieiuniorum obseruatione etiam fieri videmus, de qua *S.Thom. 2. 2.quæst. 147. art.3.* & ita seruata ista determinatione in illa portione est satisfactum legi iustitię, nisi alia specialis obligatio sit assignata. Lex autem iustitiæ quando hanc erectionem beneficij, vel assignationem huius portionis clerico fecit, eam portionem tamquam sibi necessariam assignauit, quod si superfluat, non deficit ex hoc lex, vel determinatio legis, sicut, si decima

decima superfluetet elericorum necessitatibus, non ideo minus decimæ integræ sunt soluendæ
7 donec Ecclesia aliud statuerit, licet eius intentio deficeret, quia non intētio legis obligat, sed lex, vt passim probatur apud *S.Thom.* 1. 2. *quæst.* 100. *articul.* 9. *&* 10. Et ideò licet finis, & intentio legis, quæ istud beneficium erexit, sit, vt clericus pro sua conditione sustentetur, & in operibus misericordiæ, quæ supersunt, impendat, tamen si non secundum legis intentionem dispenset, non est reus legis iustitiæ, licet, vt infra dicemus, à charitatis debito non sit immunis. Sic, qui peccat in diebus festiuis, licet agat contra intentionem præcepti, non tamen ex hoc frangit præceptum de obseruatione diei festi constitutum, nam, vt dicit *idem S.Thom.* 2. 2. *quæst.* 184. *articul.* 3, *ad* 2. cum id quod cadit sub præcepto, diuersimode possit impleri, non efficitur transgressor præcepti aliquis ex eo, quod non optimo modo implet, sed sufficit, quod quocumque mo-
8 do impleat illud, & ita verum est, quod dici solet, quòd etiamsi deficiat legis intentio, vel finis, non deficit ipsa lex, licet sit iusta causa, vel mutandi legem, vel dispensandi, vt per *S.Thom.* 1. 2. *q.* 96. *artic* 3. *in respons.* Et idem dicimus, si deficiat causa legis, vt est expressum in *l.* 1. *ff. de minori. viginti quin. ann. in vltimis verbis*, iunct. *titu. C. de his, qui veni. ata. impetra.* facit optimè textus *ff. eodem tit. de minorib. in l. nisi ex magna*, vbi inquit *Paulus*, nisi ex magna causa hoc à principe fuerit consecutus,] & *ff. qui, & à quibus in l. prospexit.* bonus text. *in* §. *litera, cum* §. *sequent. Institut. de rerum diuisio.* & quæ supradiximus in 1. parte c. 2. num. 12. de minoris, & Ecclesiæ contractibus eisdem vtilibus sine solemnitate gestis, in quibus rationes legis, & finem deficere dubium non est, non tamen deficit ipsa lex. facit etiam text. *in l.* 1. *ff. de appellat. in princip.* optimus text. licet admodum difficilis *in l.* 2. *ff. de reb. eorum.* qui probat omnia supradicta. Et ideo si sutor die festo absque necessitate consuat calceos, etiam si eo tempore dirigat mentem ad Deum, preces, vel hymnos cantans, alius vero eo die vel furetur, vel adulteretur, hic licet à fine legis longius distet, quàm ille, tamen ille, & non hic fracti præcepti de obseruando diem festum reus sit; licet contra aliud præceptum grauius hic peccauerit, quia obligat præceptum, non inten-
9 tio præcepti. Et ita per dictam diuisionem, vel erectionem beneficij illa res efficitur libera à lege iustitiæ, si ei tribuatur, cui per dictam diuisionem, vel erectionem est destinata, & clericus sine aliqua iustitiæ lege eam rem sibi possidet, nisi speciali lege, vel consuetudine aliqua sit inducta obligatio: quæ lex in ea specie, sicut potest obligare, ita potest ab omni positiuæ legis obligatione liberare. Ideò, & testandi facultatem, & donandi clerico concedere lex potest, & eadem ratione consuetudo.

Sed si his opponat aliquis, rectè satisfactum legi diuinæ, & naturali diuisione, vel erectione beneficiorum, quoad clericum per istam legis positiuæ, vel consuetudinis determinationem, quoad ipsos clericos inquam, qui non sinunt hanc legem non obseruari, sed quid de pauperibus, ad quorum sustentationem bona hæc sunt destinata? vt inquit textus *in c. indignè.* 12. *q.* 2. quid de fabricis, quibus dictæ consuetudines non determinant portionem, sed exterminant: non modum, vel rationem statuunt, sed auferunt. Quomodo in hac parte per præfatas consuetudines sit satisfactum, nemo ostendere potest, cum nullam pauperum, vel Ecclesiarum fabricæ rationem habeant, sed eis partes, per legem antiquam constitutas auferant.

Huic difficillimo argumento varia diffugia, 10
Frat. Dominic. de Soto, & diuerticula quærit in *dict. libro de Iustitia & iure. dict. quæst.* 4. *in* 5. *ratio.* vbi quilibet poterit videre, quia tamen non plenè in hoc satisfacit, nec materiam istam ita deducit, sed alia via eam persequitur, hîc non refero. Sed solutionem huic argumento ex beati Thom. doctrina petendam puto, qui disputando materiam de decimis in *quodlib.* 2. *quæst.* 4. *articul.* 8. ponit hæc verba (quæ licet longiora sint, omnino transcribenda censui, quia ex illis huic difficultati plenè satisfactum apparebit.) Hoc commune, »
quod est prouidere ministris Dei in necessa- »
rijs vitæ, est de iure diuino, quasi morale præ- »
ceptum, & de iure naturali existens: ad quem- »
libet autem principem, qui potest leges con- »
dere, pertinet ius naturale commune per ius »
positiuum determinare. Nihil enim est aliud »
ius positiuum, quàm determinatio iuris na- »
turalis, sicut ius naturale habet, quòd malefa- »
ctor puniatur, sed quòd tali pœna puniatur, »
hoc determinatur per ius positiuum, quia er- »
go Ecclesia habet potestatem condendi le- »
gem in his, quæ pertinent ad cultum Dei, po- »
tuit per Ecclesiæ statutum taxari quantitas eo- »
rum, quæ sunt danda ministris Dei à populo, »
vt esset quædam consonantia noui & veteris »
testamenti, statuit Ecclesia, vt taxatio veteris »
testamenti seruaretur etiam in nouo. Vnde »
omnes tenētur ad decimas, velint, nolint. pos- »
set autem Ecclesia statuere, si causa subesset, »
vel in maiori vel in minori numero, putà quòd »
datetur octaua vel duodecima, sicut & quòd »
detur decima. Patet ergo, quòd nulla consue- »
tudo contraria soluit hominem ab obligatio- »
ne reddendi decimas: quia hæc obligatio fun- »
datur supra ius diuinum, & supra ius naturale, »
vnde semper tenentur homines reddere de- »
cimas, si Ecclesia exigat, etiam contraria con- »
suetudine non obstante. Et in terris, in quibus »
est consuetudo, quòd decimæ soluantur, ipsa »
consuetudo quasi expostulat decimas; vnde »
peccaret, qui non redderet: sed in terris, in »
quibus non est consuetudo communis, quòd »
decimæ dētur, & Ecclesia nō petit, videtur Ec- »

clesia

» cleſia remittere, dum diſſimulat, & ideo homi-
» nes in terris iſtis non peccant decimas non
» dando. Durum enim eſſet dicere, quòd omnes
» homines Italiæ, & orientalium partium dam-
» narentur, qui decimas non ſoluunt. Et huiuſ-
» modi argumentum poſſumus ab Apoſtolo ac-
» cipere, cui cum deberentur neceſſaria victus
» ab his, quibus prædicabat, tamen non accipie-
» bat, nec tamen peccabant, qui ei non dabant,
» alioquin malè cum eis egiſſet non accipiendo,
» præſertim cum ipſe dicat Actuum 20. Nõ enim
» ſubterfugi, quominus annuntiarem omne
» conſilium Dei vobis. & ideò Apoſtolus non
» exigebat, quod ſibi debebatur, ne daretur ali-
» quod offendiculum Euangelio, vt ipſe ibi di-
» cit: vnde non bene facerent rectores eccleſia-
» rum, ſi in terris illis, decimas exigerent in qui-
» bus non eſt conſuetudo dari, ſi probabiliter
» crederent, quod ex hoc ſcandalum naſceretur.

Hæc ſunt verba S. Thom. ex quibus apparet, conſuetudinem à ſoluendis decimis, quæ reipſa de iure diuino ſunt, licet quoad quotam ſint de iure poſitiuo (vt latè decla. *R. Epiſc. Sego. lib. 1. Var. reſ. c. 17.* vbi explicat diligentiſſimè decimarum materiam) excuſare: & ita clarè huius puncti reſolutio colligitur, magis enim ea conſuetudine, qua decimæ in totum Eccleſiæ auferuntur, quàm illa, quæ de eis clerico liberam diſponendi facultatem concedit, à natura rei diſceditur, cum per illam in totum, & ſimpliciter, per iſtam non omnino diſcedatur: & ſicut S. Tho. vult quòd conſuetudo efficere poſſit, vt decimæ quæ ſaltem in aliqua parte ſunt Eccleſiæ in totum extra perſonas Eccleſiaſticas, & pauperes remaneant; multò magis efficere poterit, vt clericus arbitrio ſuo de his diſponere poſſit. Cum clericus de iure diuino, & poſitiuo harum rerum particeps eſſe debeat: laicus verò non pauper ab his omnino excludatur, & incapax ſit. Et, vt ad ſenſum patet, plures regulæ vitiantur ex conſuetudine, quam *diuus Tho.* admittit, quam ex hac, de qua nos agimus. Faciliùs ergo excuſari poterit hæc noſtra conſuetudo quàm illa. Et huic argumento credo quod nullus poſſit reſpondere eorum, qui huius conſuetudinis, tamquam ſit contra ius diuinum, nullam habendam eſſe rationem exiſtimant.

Nam S. Thom. non magis exiſtimat quod illa pars decimarum quæ ceſſante conſuetudine eſſet danda, ea ſtante remaneat cum onere dandi pauperibus, quam alia bona, quæ ſunt patrimonialia apud laicos, quæ à lege iuſtitiæ niſi in extrema neceſſitate, vt ſupra dictum eſt, ſemper libera ſunt. Ergo & multò magis apud clericos ea pars, quæ ſibi applicatur libera poterit remanere conſuetudine, ſeu Eccleſię conſenſu tacitò id permittente, cum ſaltem in parte vſibus eccleſiaſticis verſetur cum clerici vſibus deſeruiat.

Comprobatur iſtud argumentum: nam, ſicut ius poſitiuum poteſt determinationes facere circa ſuſtentationem miniſtrorum verbi Dei, & ſacramentorum, quæ iure diuino, & naturali debentur ab illis, quibus hæc ſpiritualia miniſtrantur, vt decima vel alia pars maior, vel minor detur, ita eodem modo poterit determinare circa ſuſtentationem, quæ de bonis Eccleſiaſticis pauperibus debetur, etiamſi id debitum iure diuino proueniat, vt hæc, vel illa pars illis ſit debita, vt factum eſt in diuiſione illa antiqua, quam inter Epiſcopum & clerum, pauperes, & fabricam fecit Eccleſia in partes æquales, & eadem ratione potuit partes alias arbitrio ſuo conſtituere, eademque ratione poſtea potuit per erectionem beneficiorum, quam fecit, partem clericorum omnino ſeparare: nam ſi ius poſitiuum potuit determinare circa ſuſtentationem miniſtrorum prædictorum, ea obligatio licet iuris diuini & naturalis, incerta, & indeterminata erat, non ſolum partem ei conſtituendo, verum & in totum dimittendo, ex eo quod ſine ea clericos, & miniſtros aliunde ſuſtentari poſſe arbitrabatur. idem eodem modo circa pauperum ſuſtentationem efficere poteſt, cum & in ea ſpecie ius diuinum de alendis pauperibus de bonis Eccleſiaſticis generale ſit, & indeterminatũ, & ſicut illa determinatio tacita vel expreſſa, vel diſſimulatio laicos decimas non ſoluẽtes nec clericos alentes à lege iuſtitiæ liberat, ita in materia noſtra determinationes circa alendos pauperes tacitè, vel expreſsè, à lege iuſtitiæ poterunt liberare non ſolum in parte, verum etiam in totum. exiſtimare enim videtur eccleſia alio modo pauperibus eſſe prouiſum, vel ſolam legem charitatis, & miſericordiæ ad id ſufficere, denique non minor obligatio eſt illa, quam laici habent de alendis miniſtris verbi Dei, cum in Euangelio, & ab Apoſtolo ſit expreſsè conſtituta, quam hæc quæ Eccleſia habet de diſtribuendis bonis inter pauperes, nec magis præciſa, vel ſpecialior hæc, quam illa, ergo eaſdem determinationes poterit à iure poſitiuo hæc recipere, quas illa recipit, etiamſi vt dictum eſt hæc obligatio à iure diuino originem duceret. Nam ſi teneremus opinionem R. P. Dominici de Soto quod iure diuino decimæ, & oblationes miniſtris ſolis, non autem pauperibus ſunt deſtinatæ, multo minor eſſet difficultas: ſed quia non adeò certa eſt eius opinio, verior reſolutio ſumetur ex ſupradict. ex his manifeſtè apparet quod ſtantibus erectionibus beneficiorum, quibus ſeparatur portio clericorum, & multo magis conſuetudinibus ſtantibus, ſecurus eſt clericus in conſcientia ex lege iuſtitiæ, vt ad reſtitutionem non teneatur, dum Eccleſia contrarium non ſtatuit: aliàs, vt ipſe S. Thom. dicit, durum eſſet dicere, omnes clericos, qui non reſtituunt malè expenſa, damnari, vel qui in non pios vſus teſtantur conſuetudinibus ſtantibus, ſecundum quas paſſim reddi ius videmus. Nec obeſt, quod S. Thom. vult quod ſi decimæ peterentur, etiam vbi eſt

conſue-

consuetudo non soluendi, tunc debeantur sub peccato, in nostra autem specie non desunt pauperes, qui quotidie à clericis petant, ergo non excusantur consuetudine: quia respond. quod sanctus Thom. non vult, quod vno vel altero rectore petente, debeantur decimæ, sed Ecclesia petente, donec igitur Ecclesia id non statuit expresse, vt decimæ (non obstante consuetudine) soluantur, non debentur, licet vnus vel alter peteret, immo eos malefacere in petendo asseuerat: sic in nostro casu licet pauperes petant, dum Ecclesia consuetudinem non abrogat, & contiarium statuit, clericus de his bonis, vt de patrimonialibus, sicut per consuetudines permissum est, disponere possunt, & à lege iustitiæ sunt liberati, & multo magis ab eadem lege iustitiæ soluti erunt hæredes clericorum, quibus ex testamento vel ab intestato hæreditas est delata, dictis consuetudinibus permittentibus, quicquid velit *Domin. Martinus Nauarrus in dict. tractat. quæst. 3. num. 11.* si enim consuetudo eos succedere permittat sine peccato aliquo, etiam si diuites sint, poterũt eius capere hæreditatem, & si aliqua erogandi eleemosynas inesset obligatio ex propria persona hæredis, ea obligatio initium sumeret, iuxta ea, quæ infra in cap. 5. dicemus, non autem ex persona defuncti in hæredem aliqua obligatio talis transmittetur, quia obligatio, quæ ex pietate sola misericordiæ lege, non iustitiæ prouenit, ad hæredes non transmittitur, vt videtur probare text. in *l. viuus, ff. si quid fraudem patr.* cum bis, quæ Bartol. not. per illum text. in *repetit. l. ambitiosa, 1. col. in fin. ff. de decret. ab ord. faciend.*

CAPVT III.

In quo tractatur, qualiter clerici liberati sint ab obligatione imposita bonis Ecclesiasticis in fidelium largitionibus.

SVMMARIVM.

1 *Princeps quando possit mutare disponentis voluntatem.*
2 *In commutatione piarum voluntatum plus Pontifex potest, quàm in alijs non piis.*
3 *Quarta semper detrahitur contra voluntatem.*
4 *Voto quæritur ius Ecclesia, in cuius vtilitatem vouetur.*
5 *Vtilitas publica est præferenda priuata.*
6 *Pontifex potest concedere testandi facultatem, & quomodo interpretentur.*

NVnc remanet difficultas, quæ non leuis videtur, nec in præcedentibus c. est sublata. nam licet naturæ horum bonorum per legem canonicam, vel diuinam inductæ, satisfactum videatur consuetudinem seruando, quoad partem illam bonorum, quæ beneficijs ecclesiasticis sunt applicata, quæ vel in decimis, vel primitijs consistit, tamen quoad legem humanam, & piorum hominum voluntatem, qui multa Ecclesijs hoc nomine reliquerunt, ex quibus beneficia sunt erecta, non videtur satisfactum, cum Princeps, lex, vel consuetudo 1
voluntates contrahentium mutare non possit, vt in *l. testam. C. de testament. & in l. causas vel lites. C. de transactio. & in l. de contractu. C. de rescindend. vendit.* iniuria enim dicitur princeps facere, qui alicui ius, quod sibi in re cõpetit, aufert, ideò sine voluntate illius id facere non potest, vt inquit text. in *l. penult. & fin. de nata. restitut.* inquit enim *Paul. in dict. l. pen.* Nec filio patroni inuito libertus natalibus suis restitui potest. Quid enim interest ipsi patrono, an filio eius fiat iniuria,] & *Modestin. d. l. fin.* dicit: Patrono consentiente debet libertus ab imperatore natalibus restitui. ius enim patroni hoc impetrato admittitur.] & *Marcel. in l. 3. ff. de iure aure. anul.* inquit, Diuus Commodus etiam ius anulorum aureorum datum ademit illis, qui inuitis, aut ignorantibus patronis acceperant.] Et ideò cum videamus, plura beneficia erecta esse ex legatis relictis, vel alijs largitionibus Ecclesiæ à priuatis hominibus factis, qui sua bona Ecclesijs obtulerunt, existimantes hæc bona in pios vsus conferre, nonne fraudantur sua laudabili & pia voluntate, si aliter quàm ipsi voluerunt, dicti fructus expendantur? & legi iustitiæ clerici illi voluntati contrauenientes erunt obnoxij? Circa hoc dici potest, quod, si nullum expresse est impositum onus his rebus, quæ sunt Ecclesiæ, vel Episcopali dignitati, vel beneficio relictæ, non est dubium, etiamsi mens relinquentium ea fuerit, vt eorũ bonorum fructus piè consumerentur, & hoc futurum sperarent eodem iure, quo supradicta bona censeri, & consuetudine comprehendi, nec animus in mente retentus poterit contrarium efficere, & tenet *R. F. Dominic. de dict. q. 4. in 4. conclusi.* quod ex regula vulgari comprobatur, voluntatem in mente retentam nihil operari, vt in *l. si repetendi, C. de conditio. ob caus.* Quinimmo etiam si donans dixerit, non dubitare se, quin bona ab eo donata pro erigendo beneficio piè sanctéque sint dispensanda; non tamen hæc enuntiatio, vel cogitatio ita expressa præceptum aliquod inducit, vt in *l. vnum ex familia, §. final. ff. de lega. 2.* nisi velis, sicut & ibi, iure constituto contra verborum vim ex æquitate id induci, vt ibi Papinia. probat, quod si voluntas donantium legem certam imposuerit, seruari debet, nisi summi Pontificis authoritas eam voluntatem commutauerit, vt puta si ex bonis relictis, vt in pauperes distribuerentur, vel vt ex eisdem, puellis pauperibus dotes cõstituerentur, summus Pontifex dictam voluntatem commutans beneficium erexit, eique certam legem imposuit: tunc enim ille, cui beneficium tale fuerit collatum, si legem in erectione beneficij constitutam obseruauerit, etiam si testatoris, vel donantis voluntatem non obseruet, securus est in conscientia, & si ipse Pontifex, qui

sine

2 fioe iusta ratione dictam voluntatem immutauerit,secutus non sit.nam licet princeps non possit tollere, vel mutare testantium vel contrahentium legitimam voluntatem, in non pios vsus ordinatam, vt dictum est,tamen cum rerum publicarum, & piarum causarum præcipuè sit illi commissa cura, poterit semper voluntatem, vel legata ad pias causas facta arbitrio suo ex causa commutare. hoc probatur in *l.legatum,ff.de administrat. rer. ad ciuita. pertinent, & in clement. quia contingit. de religio. do.* eleganrissimè declarat *R. Episcop. Segobiens. lib.3. variar. resolut cap.6 num.7.& Ioan. Dried.lib.2. de liberta. Ecclesiast.pag.*206. ideo vbicumque priuatus ex re etiam sua opus pium vel publicum aggreditur,non omnino princeps vel is, cui res hæc à iure commissa est illius, qui disposuit, sequitenetur arbitrium, quia ei talis voluntas subiicitur, etiam si expressè contrarium testator, vel donans disponat: in his enim,quæ iuris publici sunt, partis voluntas non impedit iudicium publicæ personæ illi rei deputatæ: & ideò Episcopus poterit se intromittere in executione testamenti, stante negligentia hæredum & executorum, etiam si testator id expressè prohibuerit, vt tenent doctor. quos refert *D. Episcopus Segobiens.in cap.tua, num.6.extrau.de test.am.* facit in similii *l.in confirmando, & l. vtilitatem, de confirmand. tut.* ibi inquit *Tryphonius*, Vtilitatem pupillorum prætor sequetur,non scripturam testamenti, vel codicillorum.] sic etiam videmus de pijs legatis Episcopum habere quartam canonicam portionem, licet id sit contra legantis voluntatem, qui integrum solui vult id quod legauit,vt in *cap.final.cum ibi not. extrauagant.de testament.*facit textus in *l. qui totam,ff. ad senatus consultum Trebellian.* cum falcidia, &

3 Trebellianica contra voluntatem semper detrahatur. Qui enim decem legauit, non minus decem solui voluit, vt probat textus in *l. Titia. ff. ad leg. Falcid. Bartol. & Alexand. in l. 1. §.primo, eodem titul. & Bartol.in l.si patronus,ff. de donation. & in l. 1. ff. de condictio. indebit. numer. 3. & in l.cum quis,1.column. C. de iur. & fact. ign.* & per *Iason. in l. filium, quem habentem, numer. 24. C.familia herciscund.* ita quarta canonica contra voluntatem disponentis clericis detrahitur, in qua & in Trebellianica magis, quàm in falcidia repugnat voluntas defuncti, cum in falcidia error possit prætendi, quia sæpe de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines, vt dicit rextus in *§.in fraudem institut. quibus ex caus. manumit. non licet,* ideo in falcidia, expressa, & specialis prohibitio requiritur, vt *in authentic. sed cum testator, C. ad l.falcid.*in Trebellianica autem & 4. canonica talis error cadere non potest, quia disponentis voluntas semper est certa,& contra eam quarta detrahitur. sed de his alibi. sic etiam videmus, quod quamuis voluntas partium non possit commutari, in commutandis tamen votis Deo emissis,Pontifex fere semper habet arbitrium, vt per totum titulum *extrau. de votis* habita tamen ratione voti commodum pecuniarium continentis in fauorem certi pij loci, vt commutatio illi non net respiciat vtilitatem. vt in *cap ex multa,in §.final. & in c.magna, extrau. de voto,* quia ex voto speciali, actio siue ius ecclesiæ,vel loco, cui fit, ipso iure quæritur, vt in 4
l.2.cum sua gloss.ff. de pollicitation. & licet in alijs promissionibus sit inter doctores controuersia, quæratur ne ius Ecclesiæ, cui aliquid promittitur, non existente aliqua persona ecclesiastica,per quam ecclesię quæri soleat,vel alia, quæ eius nomine promissionem acceptet, vt omnes tradunt in *l.illud,post gloss. C.de sacrosanct. Eccles.* & refert *Andr. Tiraquell. in tract.de priuileg. piæ caus. priuileg.* 114. in voto tamen omnes admittunt ius sine alicuius acceptatione quæri, non quidem ins reale, vt in *dict. l. 2.* (ne plura specialia concurrant) sed personale tantum,vt ibidem per gloss. quamuis *Caietan. in opusc. suis, tom.1. tractat. 11. quæst.3.* reprobando doctores nostros defendere velit ex voto nullum ius illi Ecclesiæ in cuius vtilitatem fit, esse quæsitum, ideoque nec opus esse eius habere rationem, nec eorum,quæ docto.nostri in hac re scribunt dicens ad theologos pertinere tractare de votis,quod vltimum cumulatiuè, vt dicitur, neutiquam nego, sed in ea quæst.an actio, quæ ex iure nostro oriri solet,vt in *l.2. §.deinde, ff.orig. iur.*& omnes trad. post *Bartol. in l. ex hoc iure,de iustit. & iur.* ex voto Ecclesiæ competat,& vltra conscientiæ vinculum iudicare, vtrum etiam iuris executio detur, & actio producatur, non adeo alienum à iure nostro existimo, vt doctores in hoc non sint audiendi, & Caietanus id sibi soli iure suo velit vendicare, cum iure ciuili hoc expressum sit, vt in *dict.l.2.* & iure etiam canonico, vt in dictis capitibus probatur. & in *cap.licet vniuersis, eodem titul.* Sed vt iam ad materiam propositam redeamus, certum est in votis & alijs, quæ pietatem respiciunt, si non in certarum personarum gratiam fiant, Pontificem etiam contra voluntatem circa rem propriam disponentis,ex causa (quæ semper præsumitur) vt post *Cynum in l.final.C.si contra ius vel vtilit.publ. Felin.in cap. quam Ecclesiarum,num.60.extrau.de constit.* habere arbitrium.

Nec nouum est,vt qui suæ rei solet esse moderator,& arbiter ratione subiecti, eius impediatur voluntas. nam & qui quingentos aureos Titio liberè donare potest, idem ex causa mutui nec obolum poterit promittere,vt in *l.si tibi decem,ff.de pact.& in l.rogasti, §.si tibi decem, ff. si cert.peta.* & quamuis 12.tabularum lege cautum sit, Vt quisque legasset suæ rei, ita ius esto,] vt *in princip. insti. de l. Falcid.* dicitur, tamen testator non potest legato pecuniæ numerandę adiicere,vt donec soluatur,aliquid annuum præstetur per hæredem,quatenus vsurarum modū excederet ciuili iure, canonico autem,& diuino,quo omnis vsura est prohibita,in quacunq; quantitate id esset, vt probatur in *l.3.in §.fin.ff.*

de annu. legat. de quo latè per *R. Episcopum Segobiens. lib. 2. varia. resolut. cap. 1. colum. penult. & fin.* sic qui de bonis suis libere disponere potest, si in publicam vtilitatem disponat non potest efficere, quin eo etiam inuito magis vtilitatis publicæ, quam voluntatis suæ ratio habeatur, si principi id visum fuerit. Nec mirum id est, nam & in naturalibus idem videmus, quod inclinatur quælibet res magis in conseruationem
5 vniuersi, quam propriæ naturæ: eaque ratione contingit, vt graue contra suam naturam eleuetur sursum, leueque deorsum adigatur, ita & in humanis operationibus, seu actionibus magis debet haberi ratio publicæ rei, quam priuatæ, ideoque bonum commune est semper magis amabile, quàm proprium, vt per *sanctum Thom. 1. part. quæst. 60. artic. 5.* nec bonum commune debet subtrahi propter damnum priuatum, vt per *eundem S. Thom. 1. part. quæst. 92. art. 1. ad tertium. & 1. 2. quæst. 123. art. 9.* quod est fundamentum validissimum omnium eorum, quæ ad reformationem publicorum officiorum pertinent, nec brachium dolere potest, quod in vtilitatem corporis sibi scindatur vena, nec si secetur, vel vratur, quod si alio modo sanari posse corpus causetur, nec adeo principale membrum deturpandum, tanto magis secari debet, quia & infirmum est, & insanum, cum officium capitis sibi velit vsurpare. Item sicut esset insanus, qui infirmitates vitandas negaret, ne medicorum cessaret vtilitas & officium, ita qui reipublicæ infirmitatibus curandis officiorum causa, & eorum, qui illis funguntur muneribus, abstinendum fore indicater: nec enim aliqua priuata vtilitas tanti est æstimanda, vt publica vtilitas non sit ei præferenda. nam (quemadmodum inquit *Cicero*) vt contemnendus est ille, qui in nauigando se, quam nauim manult incolumem, ita vituperandus, qui in reipublicæ discrimine suæ plus, quam communi saluti consulit. Et *Thucydid. lib. 2. de bello Peloponnens.* eleganter inquit, *Καλῶς μὲν γὰρ φερόμενος ἀνὴρ τὸ καθ' ἑαυτὸν, διαφθειρομένης τῆς πατρίδος, οὐδὲν ἧσσον ξυναπόλλυται. Κακοτυχῶν δὲ ἐν εὐτυχούσῃ, πολλῷ μᾶλλον διασώζεται, ὁπότε οὖν πόλις μὲν τὰς ἰδίας ξυμφορὰς οἵα τε φέρειν, εἷς δὲ ἕκαστος, τὰς ἐκείνης ἀδύνατος.* Non nego & priuatæ vtilitatis habendam esse rationem, quatenus publicæ rei ea ratio non repugnet, sed dum ea quæritur, vel inuenitur, publici iuris executionem non esse retardandam existimo: idque iuris, & naturæ leges exigunt, atque determinant. sed de his satis, vt ad institutum nostrum redeamus, & concludamus, cum de iuris publici persecutione agatur, quod, vt inquit *Vlpianus in l. 1. in §. huius studij, ff. de iustit. & iur.* In sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit,] & eadem ratione omnia, quæ ad ea pertinent, iuris publici etiam sint, clericum quoad legem iustitiæ satisfacere, si in expendendo fructus sui beneficij, obseruet id, quod in erectione sui beneficij à Pontifice facta statutum reperitur, quod si nihil reperiatur, seruando consuetudinem illius prouinciæ, in qua existit tale beneficium, satisfacit tam quoad disponendum inter viuos, quàm in vltima voluntate per supradicta, dum circa dictas consuetudines Ecclesia Catholica nihil expresse determinat, & ita commendatores, quos vocant, nisi suo speciali voto, vel statutis sui ordinis fuerint astricti, communi iure bonis Ecclesiasticis suarum commendarum vtentur, neque ex lege iustitiæ ad restitutionem malè expensorum magis, quàm cæteri homines erunt obligati. Ex quo etiam manifestè apparet, quantum facultas testandi à summo Pontifice concessa in hac re possit effi- 6
cere, cum enim consuetudines in hac re sint attendendæ, non est cur de summi Pontificis potestate in hoc possit aliquis dubitare, non quod in soluendo, passim ius etiam positiuum sine causa non peccet, ex mente *S. Thomæ 1. 2. quæst. 97. artic. 4. in respon. R. Dominici de Soto, lib. de iustit. & iur. quæst. 7. artic. 3. column. penult. lib. 1. Abb. & Dec. numer. 29. in cap. quæ in Ecclesiarum, extrauag. de constitutio.* sed vt in hac re non sit dispensandi facultas ita præclusa, vt ius diuinum violari omnino videatur, quia cum consuetudine sit determinatus dictorum bonorum vsus, poterit & Pontifex in hac re, vt in alijs iuris positiui determinationibus dispensare, de quibus dispensationibus testandi aliqua sequenti capite explicabimus, quia doctores nostri malè interpretantur istas testandi facultates, quas summi Pontifices concedere solent, ideò opus est nonnulla de hac re considerare.

CAPVT IV.

In quo tractatur de facultate testandi concessa à Papa, & de eius interpretatione.

SVMMARIVM.

1 *Donatio à Rege filio facta valet, etiam si simpliciter fiat.*
2 *Facultas testandi an spiret morte concedentis.*
3 *Facultas testandi non restringitur ad primum testamentum.*
4 *Qui potest donare mille, potest id per partes diuisim facere.*
5 *Argumento à maiori quando in dispensatione procedas.*
6 *Episcopi, & ij, qui testari non possunt, an possint in mortis articulo constituti donare.*
7 *An ad pias causas, qui aliàs testari non potest, morti proximus possit donare.*
8 *Qua ratione de iure communi inductum sit, vt quis testetur, cum dispositio in tempus inhabile conferatur.*

Circa facultates testandi, de quibus in præcedenti capite locuti sumus, aliqua opus est animaduertere, & in primis cauendum censeo ab opinione Baldi in *capite primo, in §. item sacramenta, de pac. iurament. firman. column. penult.*

1 *penult. num. 19.* qui voluit, quod donatio facta à rege proprio filio valeat, si expressè dicat se potestate regia id facere, quia licet iure communi, donatio inter patrem & filium in potestate constitutum non valeat, vt *in l. donationes, quas parentes, C. de donation. inter vir. & vxor. & in l. frater à fratre, ff. de condic. indeb.* tamen id verum sit, nisi donatio fiat à rege, vt *dict. Bald. vbi supra, & alij plures, quos alleg. Tiraquell. in tractat. de nobil. in cap. 37. numer. 45.* nam si Rex filio suo donet, donatio tenet, argumento *l. donationes, quas diuus, C. de donat. inter vir. & vxor.* quasi ex tali donatione quæsitum castrensis peculij priuilegium obtineat, tamen *Bald.* vult, quod tunc demum talis donatio valeat, si princeps se potestate regia facere expressè dicat, non si donet simpliciter, quod dictum sequitur *Felin. in cap. qualiter, & quando. 2. colum. 11. versic. 4. limita. extrauag. de accusat.* & alijs locis, quæ refert *Hippol.* idem probans *singular. 196.* cuius exemplo aliqui volunt, quod si Episcopus vel clericus habens priuilegium testandi, simpliciter testetur, non exprimens se vi illius priuilegij testari, testamentum inualidum sit, quod vtrumque falsum est. nam sufficit, quod testamentum, vel iure communi vel speciali, possit sustineri, licet testator non exprimat se iure speciali testari. vt probatur in fortiori *in l. 3. de milita. testament. Paul. de Castr. in l. ex imperfecto, C. de test. & Alexand. in l. quanquam, C. de milit. testa.* refert *Dec. in l. contrahenda, num. 7. ff. de regul. iur.* latè *Hippol. singul. 84.* qui plura refert, ex quibus d. suum & Bal. redditur falsum. faciunt, quæ in simili *Felin. in cap. cum ex officij, num. 31. versi. 6. conclusio. extrau. de præscriptionib. & Alciat. de præsumpt. 3 reg. præsumpt. 36.* videlicet si sciuerit sibi concessum esse priuilegium, aliàs contra, vt *in l. qui testamento domini, & in l. de statu. ff. de testam.* licet contrarium defendi possit, cum ibi sit error status, hic verò qualitatis, cum priuilegia etiam ignorantibus aliquando prodesse soleant, vt ex traditis *in l. fin. C. de consuli. lib. 12. per recentio. in l. qui absenti, ff. de acquirend. possess. per Bart. in l. absenti, ff. de donat. & doctor. in c. si tibi absenti, de præbend. lib. 6.* constat.

Contra Bald.

2 Secundo cauendum est ab opinione *Marian. Socin. Iunior. consil. 89. volum. 1. & Reuer. Episcopi Segobiens. in dict. cap. cum in officijs, extrau. de testament. num. 8.* qui volunt dictas facultates testandi finiri morte Pontificis concedentis. cum tamen gratiæ non soleant spirare morte concedentis, vt in *cap. super gratia, de offic. delegat. lib. 6. & in cap. cum cui. de præbend. eodem lib.* & tradit *Cardinal. in Clement. cum concesso, versicul. quinto quæro, & ibidem Imol. numer. secundo, de election.* nec materia gloss. in *cap. à nobis, 1. de sentent. excommun.* in hac re aliquid facit, cum loquatur in materia iurisdictionis, quæ cum tractum successiuum habeat, finitur morte concedentis. Hæc autem materia, quæ gratiam continet, non illis regulis procedit, vt statim clariùs apparebit, minus etiam materia text. in *cap. licet vndique. de offic. deleg.* opinionem prædictam confirmat: quia loquitur de mandatis, quæ morte finiuntur, quando aliquid conceditur, vt fiat, quod concedens facturus erat, & eius nomine fit, quale est dispensare, iudicare, & his similia: quia tunc, cum ipsorum Pontificum potestas morte finiatur, & qui eorum nomine agunt, finiri necesse est, alioquin posset per alios, quod non potest facere per seipsum, at testamentum, quod quis facit facultate testandi interueniente, nō Pontificis nomine, quamuis eius priuilegio fiat, sed testantis fit, & ita materia *dicti capituli, licet vndique* potius mandati sit, quam simplicis gratiæ, vel priuilegij, & licet finis eius gratiam respiciat, id tamen non impedit, quin natura mandati inspiciatur, vt morte finiri debeat, vt probatur in *l. si pater argumento ab speciali. ff. de manumiss. cum concordant.* maximè autem in specie proposita id obseruandum est, quia cum testamenti non possit vsque ad mortem vis aliqua considerari, non potest habenti talem facultatem imputari, cur gratiam ad effectum non perduxit in vita concedentis, hoc enim facto Dei, non ipsius stetit, qui ei longiorem vitam, quam Pontifici concedenti largitus est, quòd si per viam contractus talis facultas concessa fuisset, minus dubitationis haberet.

Contra Marian. & Episcop. Segobiens.

Tertiò maximè cauendum est à supradictis, & *Philippo Decio*, qui in re manifesta fallitur *in consil. 512.* contendit enim, facultatem testandi ita concessam intelligi de primo testamento, adeò, vt qui semel testatus fuerit, frustra secundo testatur, & ideo hæreditas ex primo, non ex secundo testamento deferatur, quod adeo absurdum est, vt mirandum sit tam graues & doctos viros in hac re, ita deceptos esse. Primò quia sequeretur prius testamentum reuocari non posse, quod est contra substantiam testamenti, quod vltima voluntas est, adeò vt nullam legem contra hoc imponere sibi quis posset, à qua recedere non liceat, vt in *lege, si quis in principio testament. ff. de legat. tert.* nec iuramentum hoc efficere potest, vt peruulgatum est. Secundò videtur hoc contra textum in *l. omnium, C. de testament.* Nam si testamentum à Principe confirmatum potest liberè arbitrio testantis reuocari; quare id, quod eius permissu factum est, non poterit? Tertio quia vulgata regula, qua ipsi vtuntur, quod intelligantur verba testandi de prima vice. argumentum text. vulgar. *in l. boues, §. hoc sermone, de verbor. significat.* Hanc partem contra eos probat, cum testatus non sit, qui in eadem voluntate non permanet. textus notabilis in *l. stipulatus, ff. de fideiussori.* ibi, Ea enim locatio, quam sequutus non es, perinde est, ac si interposita non esset.] sic dicemus testatum non videri, qui ab illo testamento recessit. facit textus in *l. nam & si parentibus. in §. 1. ff. de inoffic. testamento.* vbi inquit *Papinian.* Non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseueret,] &

3 Contra Decium & alios.

Franc. Sarmient.

facit textus in *l. si pro patre, in §. versum, ff. de in rem verso, & l. 2. §. illud, ff. de hered. vel actio. ven.* textus in *l. diuortium, ff. de diuortiis,* textus notabilis in *l. 2. ff. ex qui. caus. in possess. eatur,* vbi inquit *Vlpianus,* Hęc verba Neque defendantur πραγματικῶς ita scripta sunt, vt neque sufficiat vnquam defendisse, si non duret defensio.] ita non solo testandi facto facultas consumitur, nisi actus subsistat, & duret, & ita testati πραγματικῶς extensiuè, & cum duratione intelligi debet. facit text. in *l. 2. §. testamentum, ff. quemad. testa. aperian.* vbi inquit *Vlpianus*: Testamentum autem propriè illud dicitur, quod iure perfectum est.] & inferius dicit: Quod contineat supremam voluntatem.] Et ita vult, quod nec impropriè dici alias testamentum possit, & speciale est in edicto de tabul. exhiben. vt pro prioribus etiam detur, vt in *l. 1. §. hoc interdictum, 1. ff. eodem titul.* quia de tabulis edictum loquitur, & esse potest, vt præualeant, quamuis priores sint, vt in *l. si quis in principio testamenti, ff. de legat. 3.* nec de effectu earum, sed de exhibitione quæritur, ideò potentia sola sufficere debet. Item quia non datur prima voluntas & secunda, sed vnica, cum supremum debeamus expectare iudicium, vt in *l. cum hic status, in §. ait oratio, in versic. pænitentiam, ff. de donat. inter virum & vxor.* ideo non dicetur testamentum, quod testatio voluntatis & mentis dicitur fecisse, qui in ea mente vel voluntate non permanet. nempe, inquit *Triphonius,* non sequitur primam voluntatem prætor, à qua pater discessit,] in *l. vtilitatem, in fin. ff. confirman. tuto.* Nec illa vulgata regula *dict. l. boues.* ita in cortice intellecta eos monere debuit, cum mille declarationes recipiat, quarum plures contrariam probant sententiam, quas hodie congerit satis ordinatè, vt solet *Tiraquell. in illa lege,* vt patet ex his, quæ dicit *ibi in prima limitatione numer. 5. & id 7. limitatione & 8.* Nam verba testandi de testamento perfecto intelligenda sunt, quod ante mortem perfectum non est, vt in *l. non videtur, ff. de donation. caus. mort. & in l. quod si iterum. ff. de adim. leg. in c. cum Martha de celebrat. missa. cum vulga.* & est expressum in *l. 1. in §. 1. ff. de suis & legi. heredit.* Sed & is (inquit *Vlpianus*) qui testamentum fecit, si eius hæreditas non est adita, vel ruptum, vel irritum est testamentum: intestatus non impropriè dicetur decessisse.] textus est in *l. intestatus, ff. de verbor. significat.* magis enim res, quàm verba intuenda sunt.] inquit *Paulus* in *l. promittendo, ff. de iure dot.* facit textus in *l. pen. ff. ad exhiben.* vbi inquit *Paulus*: Respondi non oportere ius ciuile calumniari, nec eius verba captare, sed qua mente, quid diceretur animaduertere,] & ita optimè contra præfatos tenet *Domin. Martinus Nauarrus dict. tract. de redditibus Ecclesiasticis, in quæstion. 3. num. 22. cum sequent.* licèt enim dictæ facultates testandi odiosæ sint, & restringendæ, vt Decius probat, & bene, sicut & omnes dispositiones, quæ bonorum Ecclesiasticorum naturam, & eorum institutionem immutant, vt de pensionibus, & alijs similibus dicendũ est, id tamen non efficit, vt ita debeat fieri interpretatio, vt captiosæ, & ridiculæ reddantur. argumentum text. in *cap. si ciuitas, vel castrum, de sentent. excommunic. lib. 6. & in l. sed Iulianus, in §. mutui dationem, ff. ad senat. consult. Macedo. & in l. 4. §. penult. eod. titul.* facit text. in *l. si quis adulterium, ff. ad l. Iuliam de adulter. & in l. scire oportet. §. 1. de tutor. & curator. dat. ab his,* arguendo per contrarium, & faciunt, quæ tradit *Decius in l. factum suum, in §. final. ff. de regul. iur. num. 14. & Tiraquell. post ll. connubial. in gloss. 3. nu. 107. & gloss. cap. final. de vsur. lib. 6. in gloss. fin.* imò à iure communi interpretationem recipere debent, vt in *l. si seruus vestri, C. de noxali.* & in materia nostra probatur in *l. si quando, C. de inofficioso testamento.* facultas enim testandi eodem modo intelligi debet, quo de iure communi testamenti facto intelligitur, in substantialibus maximè testamenti, quæ in voluntate consistunt, vt in *dict. l. si quando, cum aliis.* Captiosum autem esset, si cui permitteretur facere testamentum, idque semel factum ante mortem mutare non posset, & quod facultas testandi permittit & indulget, per obliquum in damnum, & perniciem conuerteretur, & fraudem, cum vel haberet hæredem, quem nollet, vel nihil proficeret fecisse testamentum, cum ex primo nullus contra voluntatem succedere debeat, vt in *l. 1. in §. si heres, ff. si tabul. testa. nulli. extab.* vbi *Vlpian.* inquit, Si hæres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisæ sunt tabulæ, vel quia cãcellatæ, vel quia alia ratione voluntatem testator mutauit, voluitque intestatus decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorũ possessionem acceperunt.] nec ex secundo, si id testator facere non posset. Et cauillatio quædam admitteretur, quam Græci, vt *Iulianus* inquit *l. ea est natura, ff. de reg. iur. & Vlpian. l. natura, ff. de verbo. signifi.* συκοφαντίαν, *Lucian.* autem κέρατα, & κροκοδείλους, & *Quintilianus* Cauillos, alij etiã σοφίσματα appellant. Et supradicta omnia probat text. si rectè consideretur in *l. omnium. C. de testam.* ibi, Voluntates quidem hominum audire volumus non iubere, ne post sententiã nostrã inhibitum videatur commutationis arbitriũ, cum hoc ipsum, quod per supplicationẽ auribus nostris intimatur, ita demum firmum sit, si vltimum comprobetur, neque contra iudiciũ suum defunctus postea venisse detegatur.] Nã semper callida & maligna interpretatio est vitãda, vt in *c. ad audientiam, extran. de decim.* notat *Ancharra. in consilio 53. in num. 5.* Quinimo verius 4
est, si facultas donandi alicui concedatur inter viuos vsque ad summam, pone mille, posse diuerso vel eodem tempore decies centum donare, nec regula *dict. §. hoc sermone,* id impediet ex deductis latè per *Tiraquell. ibidem 4. limitatione.* arguendo de re ad tempus & ex his, quæ dicit in *5. limitatio.* & quia dicta facultas, dum non est consumpta summa, sem-

semper durat, quia verum est, nondum dedisse mille, quæ dare facultas permittit: sicut per contrarium dicimus, qui non potest vltra mille donare, dando bis sexcentum legem fraudasse videtur. argument. *ff. de variis, & extraordina cognit. in l. 1. §. si cui cautum est:* faciunt nota. *in authent. qui rem. C. de sacrosanct. Eccles.* per recentiores latè *Tiraquell. de retract. 2. part. in præfat. num. 12.* & ad supradicta est optimus textus in *cap. Apostolicæ, extrau. de donati.* vbi est expressum. vide etiam text. notabilem *in l. si idem cum eodem, ff. de iurisdiction. omnium iudic.* cum ibi notat. licet sit argumentum contra in *l. sancimus, §. final. C. de donation.* & quæ tradit *Tiraquell. de retract. secunda parte. §. 2. in gloss. vnica, numer. 22.* sed ibi inuenies rationem diuersitatis, ex quibus cum mentem potius amplecti, quam verbis pertinaciter inhærere debeamus, non est dubitandum contra mentem priuilegij non facere; qui bis & ter mutat testamentum, nec qui pluries donat, si præscriptam summam non excesserit, vt in *dict. cap. Apostolicæ, & in dict. l. 1. §. si cui,* & qui testamentum ita facere potest, non erit donationem causa mortis facere prohibendus, vt in *l. 1. §. quod autem mortis, ff. si quid in fraudem patron.* nec codicillos, quicquid malè in *dict. consil. Phil. Deci.* (Contra Decium.) hæc enim omnia iure communi testandi facultate insunt, nec ab ea facultate dimoueri possunt, cum sub ea comprehendantur, sicut necessarium est, cui decem nummos capere conceditur, vt octo capere concessum sit, vt in *l. 1. § si quis ita, ff. de verbor. obligation.* Hæ autem partes vltimæ sunt voluntatis, quæ concesso testamento in omnibus suis partibus conceduntur, vt in *l. Marcellus, ff. de do. causa mort.* Nam & mortis causa donare poterit, cui testari permissum est,] inquit *Vlpian. in l. cum hic status, in §. si donator, versic. similes, ff. de donat. inter vir. & vxor.* Nam
5 & fideicommissum, & mortis causa donatio,] inquit *Paulus,* appellatione legati continetur.] in *l. fideicommissum, ff. de legat. 3.* nec me mouerit, quòd dici solet, argumentum à maiori non procedere in dispensatione, vt dicit *Hostiensis in cap. postulasti. extrauag. de rescript. & Abb. in cap. ad aures, in eodem titul.* latè *Felin. in dict. cap. postulasti, num. 8. versic. circa 3. quæst.* Quia verum id est, nisi illud minus sit comprehensum in maiori. nam concesso toto, & partes concessæ videntur, vt in *dict. §. si quis ita,* & in omni materia etiam odiosa id verum est, vt in *l. nec in ea, ff. ad l. Iuli. de adult. in §. sed qui occidere,* vbi *Papinia.* ita argumentatur, Qui occidere potest adulterum, multo magis contumelia poterit eum interficere.] facit text. in *l. in suis in fin. ff. de libe. & posthum.* sentit *Bartol. in repetit. l. Cæsar num. 19. ff. de public. & vectigal.* argumentum contra *l. solemus, in §. latrunculator, ff. de iudiciis,* de quo per *Dyn. in regul. plus semper, de regul. iur. lib. 6. & idem Dyn.* optimè in *regul. in eo quod plus, eod. tit.* de quo bene per *Deci. in cap. quia in tantum, de prabend. & per eundem in cap. cum in cunctis, num. 21. extrau. de electi.*

Franc. Sarmient.

electiõ. & aliquid in *consil. 76. col. fin.* optimè ipse *Deci. in l. in eo quod plus est, ff. de regul. iur.* reprobando communem intellectum *Ioan.* ad text. in *l. Gracè, § illud, ff. de fideiuss.* pro qua facit optimus textus in *l. 3. §. final cum l. sequent. ff. mandati, & in §. qui exequuntur, institut. eod. titul.* de quo per *Alciat. lib. 3. parerg. cap. 17. & R. Episcop. Segobien.* interpretatur in *cap. quamuis pactum, de pact. lib. 6. 2. part. in §. 6. numer. 3.* argument. contra *cap. cum de non sacerdotali. de prabend. lib. 6. & in l. si pupillorum, §. si prætor, ff. de reb. eorum.* sed de his alias, quia longiorem disquisitionem requirunt, quàm hic locus esse possit. item etiam notandum est in hac materia, quòd illorum dona- 6 tiones, quibus consuetudo ius testandi non concedit, de quæsitis ex fructibus beneficiorum, quales in Hispania sunt Episcopi, & in Italia clerici, licet in vita eis sit concessa dispositio per dictas consuetudines, tamen si morti proximi sint in infirmitate, ex qua decedant constituti, etiam si inter viuos nomen eisdem donationibus imponatur, & ad traditionem deueniatur, iure vltimæ voluntatis censentur, vt ab illis factæ, qui testari minimè possunt, inutiliter fiant, argument. tex. notabil. in *l. filia mea emancipata, & agra. ff. solut. matrim.* quem notat *Bal. in authent. nisi rogati, C. de Trebellia. colum. fin.* vbi etiam allegat text. *in cap. 1. de renunciat. lib. 6.* bonus textus in *cap. de his, extrau. de sepult.* & tex. in *l. si filia, ff. de diuort.* optimus textus in *l. si cum mulier de morte viri desperans, ff. rerum amota. & in l. cum ratio, §. fraudis autem, ff. de iur. fisc.* facit text. in *l. qui pœna, in §. 1. ff. de manumiss.* vbi inquit *Marcellus.* Diuus quoque Pius Calpurnio rescripsit, libertates ab eo, qui iam lege Corneliæ damnatus esset vel iam futurum prospiceret, vt damnaretur, seruis datas non competere.] Facit text. *in l. si vno, ff. locati, versicul. sed etsi verbo.* Ex quibus satis colligitur, quod videatur, in fraudem facere ille, qui testari non valens, si grauatus desperata infirmitate, mortique vicinus donet, etiam inter viuos nomine quidem, re autem ferè extra viuos, & causa certæ mortis, faciat. optimus text. in *l. Sulpitius, ff. de donat. inter vir. & vxor.* vbi inquit *Marcellus,* Si color, vel titulus, vt sic dixerim, donationi quæsitus est, nihil valebit traditio.] facit text. in *l. 1. in fin. ff de abigeis.* facit quod not. *gloss. in cap. Raynutius, in verbo deducendas, extrau. de testam.* & latè *Boeri. decis. 287.* non quod in infirmitate constitutus vsuarius clericus sit, vt multi doctores volunt, sed quod fraus in ea specie manifesta deprehẽdatur. Quod si donationes tales in pias cau- 7 sas fiant à talibus infirmis, & re ipsa tradantur, quæstionis est, nam non valerent, si omnino iure vltimæ voluntatis censerentur, cum nec ad pias causas testari possint, vt est expressum in *l. viuus ff. si quid in fraud. patron.* Viuus libertus, inquit *Iulian.* donare bene merentibus amicis potest, legare vero nec bene merentibus amicis potest, quo patroni partem minuat.] Donatio enim mortis causa siue fraude, siue non fraude

fiat, non tenet, vt *eod. titul. l. 1. §. alienatio.* quòd etiam alia ratione potest comprobari, quia ideò non testâtur, quia in id tempus confertur dispositio, quo ius, quod habent, futurum non est: ius enim clerici morte finitur, siue sit dominium restitutioni subiectum, siue vsusfructus, siue administratio, ideò frustra disponit. vt in *l. vnum ex familia in princ. ff. de legat. 2.* in tempus inhabile dispositione collata. vt in *l. quod sponsa. C. de donat. ante nupt. Abb. in c. ad hæc, de testam.* facit *authent. ingressi. C. de sacrosan. Eccles. contra gloss. ibidem*, contra quam est text. in *l. is qui, in §. fin. ff. de testament. in fin.* quæ ratio, siue ad pias causas, siue non pias testetur, semper valida est, cum de re aliena, vel alij debita; vt domino fiat præiudicium, vel creditori; nec ad pias causas quis testetur, vt in *dict. l. diuus, & in dict. authent. ingressi, C. de sacrosanct. Eccles. & in cap. filius noster, extrau. de testamen.* in hac quæstione *D. Martin. Nauarrus in dict. Manuali confessorum, cap. 25. num. 139.* vult tales donationes re ipsa factas in pios vsus valere, etiamsi in mortis periculo sint illi donantes constituti, quibus non est concessa testandi facultas: ratio est, quia ius, quod habent, vsque ad vltimum vitæ spiritum durat. nam & eo tempore matrimonium contrahi, religionisque votum vtiliter emitti potest, *cap. sicut. 2. de regulari.* & supra tetigimus part. 3. c. 3. num. 6. Quod ergo diximus in periculo mortis constitutum non posse donare, si is sit, qui testari non possit, id ratione fraudis præsumptæ est, non quod potestas eo tempore deficiat, sed quod videatur potius successori adimere velle, quàm sibi, vt in simili dicit *Marcellus in l. 1. ff. de donat. caus. mort.* quę præsumptio fraudis, si in pios vsus remota omni affectione, veris pauperibus, maximè non amicis, nec consanguineis, sed ignotis donatio fiat, cessat, quia nihil magis contrarium fraudi, quàm vera pietas sit, cum ex contrarijs fontibus hæc oriantur. alterum enim ex charitate oritur, quæ nihil agit perperam, alterum verò ex inuidia, & odio successoris, vel ex inordinata affectione in donatarium dimanare certum est, quod si qui ita moriturus donat pauperibus, sanus idemmet facere solebat, non potest cadere vlla suspicio. Nam & diuus Laurentius moriturus donauit thesauros Ecclesiæ, cuius exemplum qui sequatur nonne securus à fraudis suspicione erit? testari autem in pios vsus etiam cessante fraude non potest Episcopus; quia in tempus inhabile, & quo dominus futurus non esset, dispositio confertur, & licet idem videatur in quolibet testante, cum vltima voluntas post mortem, quæ omnia adimit, conferatur, vt dicit gloss. in *l. illa institutio, de hæred. instit. ff. in verb. pendere, Decius in rubr. C. qui testam. fac. poss. Barb.*
8 *rubr. 2. lect. 2. colum. de testament.* tamen per legē promissum est inducendo hæreditatem, quæ imaginaria est persona, in qua continuetur magis, quam finiatur ius defuncti, & postea per repræsentationem hæredis, est succursum, quod in his, quæ ad hæredes nō transeunt, locum non habet, sed omnino ea morte finiuntur, ideò de acquisitis ex fructibus Ecclesiæ Episcopus non testatur, quia lex in his administrationem, vsumfructum siue dominium, quocumque nomine appelles, restitutioni subiecit, & in his personam imaginariam, quæ hæreditas appellatur, non subministrauit: donatio autem re ipsa facta inter viuos, etiam si sit vicinus morti donans, iure suo, si fraudem remoueas, sustinetur, cuius potestas morte sola, non eius vicinitate spiret. & hoc etiam nostris temporibus sanctissimos viros fecisse accepimus, qui, quod semper solent fructus suorum Episcopatuum pauperibus elargiri infirmitatibus grauati, idem sedulo cum omnium laude exequuti sunt, quorum aliqui in pace requiescunt, alij verò adhuc viuentes infirmi & sani ijdem sunt. Sed etsi repetiretur prælatus, qui sanus non ita fuisset liberalis, non tamen statim, ex hoc, quòd infirmus donet, poterit fraudator haberi, nec est prohibendus eo tempore, Dei misericordiam bonis operibus promereri. non ergo id sanum facere melius esse, sed infirmo hoc interdicere, res esset mali exempli, si omnis prorsus affectio inordinata cesset, quod si, vt diximus ignotis, & veris pauperibus distribuat, non consanguineis, non amicis, quæ potest cadere suspicio fraudis? Nonne magis fraudulentus erit, qui hæc à pauperum manibus velit eripere? faciunt quæ tradit *R. Frater Dominic. de Soto in dict. quæst. 4. articul. 4. column. final*, quòd si affectionis inordinatæ sint coniecturæ, hæc cum illis non leuis erit, si id, quod in vita facere non consueuerat, cum iam moriatur facere incipiat. argumento textus in *l. 1. C. de pecul. eius qui libertat. meruit.* sed de his satis, vt ad doctrinam *beati Thomæ in dict. quodlib. 6.* reuertamur, ex qua clara redditur huius materiæ resolutio, adeo vt coronis huic quæstioni, immò & libello imponi posset, cum omnes difficultates hoc vno sublatæ fuerint, nisi opus foret ostendere licentiam, quam ex his clerici sibi datam prætendere possent, strictioribus legibus & cancellis circumscriptam, & inclusam esse, quàm ipsi existimant.

CAPVT V.

In quo tractatur, quando eleemosyna sit de præcepto, tam in clericis, quàm in laicis.

SVMMARIVM.

1. *Lex diuina quoad charitatem non est determinabilis per legem humanam.*
2. *Dilectio Dei non cadit sub præcepto, secundum aliquam mensuram.*
3. *Quando eleemosyna cadat sub præcepto: & quando in eius omissione peccatur mortaliter.*

4. Opinio

4. *Opinio Abbatis Panormitani.*
5. *Non requiritur, quòd sit extrema necessitas, vt eleemosyna sit de præcepto, vt latè probatur per septem argumenta.*
6. *Peccat. qui consumit suos redditus in venatione, & histrionibus.*
7. *Ad charitatem reducuntur omnia præcepta, vt ad finem.*
8. *De superfluis, etiam cessante extrema necessitate eleemosyna est de præcepto.*
9. *Pauperem esse, vel diuitem, non est in puncto indiuisibili, nec quæ dicantur superflua.*
10. *Res Ecclesiæ dicuntur sacræ in 4. gradu; ideò in eis committitur sacrilegium.*

IN præcedentibus capitibus visum est an cle-
rici, à lege iustitiæ in redditunm suorum dis-
pensatione liberentur, nunc vidēdum est quo-
modo lege misericordiæ teneantur: nam vt di-
ctum est, lege iustitiæ, & restitutionis vinculo
sunt soluti, ex debito tamen charitatis ad elee-
mosynam de his, quæ sibi supersunt, tenentur.
quamuis enim diuinum ius, & naturale per ius
positiuum determinetur quoad iustitiæ leges,
1 quoad charitatem tamen non est determina-
tū, nec potest determinari, & si millies specia-
liter, & minutim determinetur, quantum cle-
ricus expendere possit, quantumcumque stri-
ctè fiat computatio, si reperiatur vere aliquid
sibi superesse, vel parsimonia, vel alia quacum-
que ratione, fieri non potest, vt id quantum-
cumque sit, non cadat sub debito charitatis:
tenetur enim quis de superfluo ex præcepto
facere eleemosynam, quod præceptum non
potest lege humana recipere determinationē
aliquam. quod enim diximus legem naturæ, &
diuinam posse per legem positiuam determi-
nari, eò pertinet, vt eatenus possint determi-
nari, quatenus iustitiam respiciant, non quate-
nus ad charitatem pertinent, quia vt *S.Thom.*
singulariter declarat 1.2.*q.* 99. *art.*5.*ad primum*,
moralia in tantum sunt lege determinabilia,
2 inquantum pertinent ad iustitiam, & ita *idem*
„ *S.Thom.*2.2.*q.*184.*art.*3.*in respons.* ita inquit, Non
„ autem dilectio Dei, & proximi cadit sub præ-
„ cepto secundum aliquam mensuram, ita quòd
„ id, quod est plus, sub consilio remaneat, vt pa-
„ tet ex ipsa forma præcepti. & infra dicit, Hoc
„ Ideo, quia finis præcepti charitas est, vt Apo-
„ stolus dicit 1. ad Timoth. 1. in fine autem non
„ adhibetur aliqua mensura, sed solum in his,
„ quæ sunt ad finem, vt Philosophus dicit 1. Po-
„ litico. sicut medicus non adhibet mensuram
„ quantum sanet, sed quanta medicina, vel dieta
„ vtatur, ad sanandum. hæc *S.Thom. ibi, & quodli-
bet.*5.*art.*18. Et ita quomodocumque, superfluū
aliquis possideat, tenetur de necessitate salutis
ad dandam eleemosynam in casu necessitatis,
vt infra dicemus, nec per legem potest deter-
minari quantitas vel modus, infra quem quis
sit immunis ab ista lege misericordiæ, dum e-
nim sibi superfluat, omnino charitatis legi sub-
ijcitur, & ita omnia, quæ dicta sunt procedunt
quoad legem iustitiæ, non quoad debitum
charitatis, & ita *S.Thomas, in illa quæst.* 185. *art.*7.
vult, quòd propter immoderatum affectum,
vel vsum peccet clericus, si immoderata sibi re-
tineat, & alijs non subueniat, sicut requirit de-
bitum charitatis, loquendo de deputatis in v-
sum Episcopi, vel clerici. Pro cuius intelligen-
tia notandum, quæstionem esse inter doctores,
quando quis teneatur facere eleemosynam 3
sub peccati mortalis reatu. nam dubium non
est eleemosynam de superfluis esse de necessi-
tate salutis; cadit enim sub præcepto de dile-
ctione proximi, vt docet *S.Thom.*2.2.*quæst.*32.
*art.*5. *& Cardin. Alexand. cap. tria sunt* 45. *distinctio.*
& ita tam laici, quàm clerici, tam mares, quàm
fœminæ cuiuslibet conditionis sub peccati
mortalis præcepto eleemosynam facere te-
nentur.
Sed in hoc artic. *Abb. Panormitan. noster in c. si* 4
*vero, extra. de iure iurando in nu.*6. existimat duo
concurrere debere, vt eleemosyna sit de præ-
cepto, alterum vt quis superflua possideat, al-
terum vero, quòd pauper ille, cui facienda sit
eleemosyna, in extrema necessitate sit consti-
tutus, quod si quid ex his deficiat, eleemosy-
nam esse de consilio dumtaxat. quod etiam te-
net *Præposit. Cardinal. Alexand. in cap. sicut ij* 47. *Contra Abba. & Alexand.*
*distinctio.*4. *conclusio.*3. *& Ludolf. de Saxo. Carthusi.*
1. *parte. cap.*17. *& Abb. in fine principij* 1. *distinct.* vbi
Felin. colu. penultima, & fina. & Anto. de Burg. in cap.
1. *num.*29. *de emptione & vendi.* sed falsa est eorum
opinio, & in contraria sententia fuit *Sanct. Tho.*
*quodlibet.*8.*quæst.*6. *art.*13. vbi expressè, *& in* 4.
*sententia. dist.*15. *q.*2.*art.*1. qui dicit, quòd com-
munis est hæc opinio: & eam sensit *in* 2.2.*q.*66.
*art.*7. *in conclus.* qui semper tenuit, non requiri 5
quòd detur extrema necessitas, vt quis elee-
mosynam de superfluo facere teneatur. hoc
manifestè probatur ex pluribus.
Primò ex *Matth.*25. vbi secundùm S.Thom.
probatur, quòd eleemosyna est in præcepto,
cum eius omissio pœna æterna puniatur, sed
ibidem quando dicitur Esuriui, & non dedistis
mihi manducare, sitiui, & non dedistis mihi
potum, hospes eram, & non collegistis me, nu-
dus, & non operuistis me, infirmus, & in carce-
re, & non visitastis me; non innuitur, quòd in
illis rebus extrema necessitate laborauerit,
nam raro euenit, vt quis propterea quòd nu-
dus sit moriatur, & in potu, cum passim aqua
reperiatur, raro extrema cadit necessitas. & li-
cet *Cardinal. Turrecrema. in cap. singulis* 86. *dist.*4.
colum. in 3. *conclusi.* velit extra paradisum nemi-
nem nudum viuere posse. Quod videtur pro- *Contra Turrecre.*
bari, in *l. legatu alimentis. ff. de aliment. & cibu le-
gat.* ibi, Quia sine his ali corpus nō potest.] Sed
si præcisè hoc intellexit, experientia contra-
rium multis in locis ostendit: si intelligit non
posse, quia sit cum maxima incommoditate, id
erit iam extra necessitatem extremam, nisi di-
cas extremam dici, quia licet non sit extrema
quoad vitam, est tamen pudoris, & humanita-
tis ratione habita; quod inter homines fidei

 dono

duno præditos, nullus ita viuere posse videatur, licet viuant hoc modo Barbari multi, & infideles, & viuerent hæretici quidam qui Adamiani appellabantur, vt in *c. quidam autem 24. q. 3. versi. Adamiani*, quam hæresim horum temporum hæretici prætermiserunt, nec cum alijs iam diu in inferno sepultis excitanerunt, quòd corporibus suis quibus maximè indulgent non conueniret. Epicuri enim mores & sectam omnes complectuntur.

Secundò videtur comprobari exemplo Lazari mendici, in quo non apparet fuisse extremam necessitatem: nam cum ostiatim peteret eleemosynam, secundùm eos, qui istas subtilitates perquirunt, non habentur ij tales, vt in extrema necessitate constituti videantur: ergo ad eleemosynam, vt sit in præcepto, non est necessarium, vt adsit extrema indigentia.

Tertiò probatur 1. *Ioannis* 3. vbi dicitur, quòd non dare eleemosynam necessitatem habenti charitati repugnat, ergo est peccatum mortale, nec tamen necessariò debet intelligi de necessitate extrema, quia verba non sunt talia, inquit enim beat. Ioan. Qui viderit fratrē suum necessitatem habere, & clauserit viscera sua ab illo, quomodo charitas Dei remanet in illo?]. Et dicitur *Prouerb.* 21. Qui obturat aurem suam ad clamorem pauperis, & ipse clamauit, & non exaudietur.

Quartò, quia si solum esset de præcepto in extrema necessitate, & aliàs solum de consilio, sequeretur, quòd diues, qui decem vel viginti millia ducatorum habet in redditibus, & qui omnibus huius mundi bonis abundat, non esset in statu damnationis, etiamsi toto tempore vitæ suæ nec obolum largiretur, cum si necessitates communes non sufficerent ad præceptum, illæ extremæ raro, vel numquam occurrant, & tamen hoc est ita absurdum, vt nullus id non videat, ergo & conclusio est absurda, & falsa.

Quintò omnibus condemnandis eleemosynæ omissio imputanda erit, vt in sententia vltimi iudicij, qua hunc titulum, hanc suprascriptionem, hanc solam rationem, & causam continebit, de qua sententia *Matt.* 25. Sed quòd illis omnibus necessitates extremæ occurrissent verisimile non est, ergo non sola extrema necessitas est in præcepto & obligatione eleemosynæ, & quod maximè mirandum sit, quòd in ea sententia non aliorum criminum ratio haberi videatur, & quòd omnibus hominibus condemnandis ea culpa communis sit: nam & Sodomæ cōdemnationi, cuius crimina & abominationes causam peculiarem & notissimam habere videntur, idem titulus ascribetur, & communis omnium aliorum culpa imputabitur dicente Domino per *Ezechielem capitulo decimo sexto*. Ecce hæc fuit iniquitas Sodomæ sororis tuæ, superbia, saturitas panis, & abundantia, & otium ipsius, & filiarum eius, & manum egeno & pauperi non porrigebat.] Si hoc igitur Sodomis imputabitur, quid his, qui patres pauperum appellantur, & esse debent, fiet? Quibus expressè in Aurelianensi concilio præceptum est, vt victum & vestitum pauperibus largiantur, vt *in cap. Episcopus* 82. *distinctio*. Cuius verba sunt, Episcopus pauperibus, vel infirmis, qui debilitate faciente suis manibus laborare non possunt, victum & vestitum in quantum sibi possibile fuerit, largiantur.] Et ita *diuus Gregorius in c. fratrem* 86. *distinctio*. inquit, Alienam inopiam suam credat, quia si hoc non habet, vacuum nomen Episcopi tenet.]

6 Sextò pro ista parte facit, si hoc non esset verum quod superflua essent pauperibus elargienda sub pœna peccati mortalis, sequeretur, quod ille, quia ea, quæ sibi supersunt, in histriones & venationes, & similia consumeret, non peccaret, cum si hæc res nulli nec ex lege iustitiæ, nec misericordiæ debentur, possint & sine peccato dissipari & in mare proijci, vt à quibusdam Philosophis factum esse perhibetur: non tamen vel politicus, vel Christianus homo hoc faciet, cum prodesse his rebus indigentibus possit, nec simile quid sancti fecerint, nec aliquis sanæ mentis homo. Fecit hoc, inquit *diuus Hieronym. ad Pammach.* Crates Thebanus, fecit Antisthenes, fecerunt plurimi, quos vitiosissimos legimus, plus debet Christi discipulus præstare, quàm mundi philosophus, gloriæ animal, & popularis auræ, ac rumorum venale mancipium.] Quinimo esse hoc lege prohibitum non dubium est. argument. *l. lege Iulia. in* §. *pen. ff. ad l. Iulia. pecula.* facit tex. in *l. at si quis in* §. *funeris. ff. de religio. & sumpti. funer.* licet sit argumentum contra in *lege Manius. ff. de condi. & demonstra.* Sed illa lex alium habet intellectum, de quo recentiores post *Raphael. Cuma.* plura effundunt, maximè *Fortunius in l. Gallus* §. *Et quid si tantum.* sed melius alijs explicat *Acosta Lusitanus* iurisperitorum sui temporis facilè princeps *in d.* §. *Et quid si tantum, pag.* 189. ideò peccant, qui ita bona profundunt, vt in *cap. donare, &* in *cap. qui venatoribus* 86. *distinctio.* & ita prodigalitas est peccatum, vt per *S. Thom. secunda secundæ q.* 119. *art.* 2. & dicit idem *S. Thom.* quòd qui donat malis sine legitima causa, peccat, 2. 2. *quæst.* 126 *art.* 4. *in conclusio.* Nam licet legibus seculi re sua quilibet, & vti, & abuti possit, vt in *l. sed et si lege.* §. *consuluit, & in l. si quid possessor.* §. *si quid autem*, vbi *Alberic. ff. de petitio. hæredita.* lege tamen Dei, quæ scripta est in ipsius præceptis, licet bona temporalia, vt verba *S. Thom. in dict. q.* 42. *art.* 5. *ad secundum* referamus, Quæ homini diuinitus conferuntur, eius quidem fiunt quantum ad proprietatem, sed quantum ad vsum non solum debent eius esse, sed etiam aliorum, qui ex eis sustentari possunt, ex eo quod ei superfluūt: vnde *Basil.* dicit, Si fateris ea tibi diuinitus prouenisse, scilicet temporalia bona, an iniustus est Deus inæqualiter nobis res distribuens, cur tu abundas, ille vero mendicat, nisi vt bonæ dispensationis merita consequaris, ille vero

" le vero patientiæ brabijs decoretur, est panis " famelici, quẽm tu tenes, nudi tunica, quam in " conclaui seruas, discalceati calceus, qui penes " te marcescit, indigentis argentum, quod pos- " sides inhumatum, quocirca tot iniuriaris quot " dare valens es. Hoc idem dicit *Ambrosius*, vt " habetur *distinctio 47.*] Huc vsque sunt verba S. Thomę. Facit quod eleganter inquit *S. Augustin.* Omnia bona sua dedit Deus duobus hominibus: diuitibus terrena, pauperibus cœlestia. Sed Deus volens vtrumque saluare, constituit, vt huc diuites in sua hæreditate recipiant pauperes, & pauperes in sua hæreditate eos collocent, & vterque per alium collocetur.] Et *Chrysosto. in eodem loco Luca 16.* dicit, Opinio quædam erronea à generata mortalibus auget crimina, minuit bona. Ea verò est opinari quod ea, quæcumque possidemus in vsu vitæ, possidemus, vt domini, & ideò etiam opportunè ea apprehendimus tamquam bona præcipua. Sed contrarium est, non enim nos vt domini in vita præsenti collocati sumus in propria domo, sed tamquam hospites, & aduenæ, quò nolumus, ducimur, & quò non putamus, & qui nunc locuples est, in breui fit mendicus. Ergo quicumque sis, noueris te esse dispensatorem alienorum & transitorij vsus, & breuis tibi cura concessa sunt. Abiecto ergo ab anima domini fastu, sumas humilitatem, & modestiam villici.] *Idem Chrysostomus super Matthæ.* Omnia quæ nobis dat Deus siue orantibus, siue militantibus, non solum nobis dat, sed etiam alijs per nos, vt de eo, quod accipimus à Deo partem impotentibus faciamus.] & rursus *homilia 78.* inquit, Dispensator tu etiam es pecuniarum tuarum non minus quàm qui Ecclesias gubernant.] vbi ponit plura notanda.

Septimò, non est dubium quod latius patet præceptum charitatis, quàm lex iustitiæ, sed in extrema necessitate existenti tenetur quis ex lege iustitiæ subuenire, vt supra probatum est. Ergo pręceptum charitatis locum habet etiam extra casum necessitatis extremæ, antecedens
7 probatur, quia charitas est omnibus in præceptis, vt finis, & intentio, vt sæpissimè dicit *diuus Thom. secunda secunda, quæst. 122. art. 1. & 4. & in quæstio. 23 art. 4. in fin. & in quæst. 44. articul. 1. in conclusio.* ad charitatem enim reducuntur omnia præcepta sicut ad finem. Et ita, licet sit in omni præcepto, non tamen cadit sub omni præcepto, vt dicit *idem S. Thom. secunda secunda, quæst. 184. artic. 3. & art. 6.* Nam verba S. Basilij, & S. Ambrosij acriter reprehendentium diuites, qui non subueniunt pauperibus, quæ refert *S. Tho. in dict. quæst. 32.* & habentur in *cap. sicut ij. 47. distinct.* non sunt talia, quæ possint restringi ad casum necessitatis extremæ, & licet in *cap. pasce fame morientem 86. distinctio.* loquatur *S. Ambrosius* de necessitatem extremam patiente, vt ex eo patet, & ita respondet ad illum tex. post *S. Thom. 2. 2. quæst. 32. in conclusi. Cardina. Turrecrem. cap. singul. 86. distinct. num. 4.* tamen id verum est, vt homicida sit, qui in extrema necessitate laboranti non succurrit, vt etiam probatur. *ff. de liber. agnoscen. in l. necare*, sed vt peccet mortaliter, non requiritur extrema necessitas.

Et istam opinionem, quòd de superfluis 8
quis teneatur facere eleemosynam sub peccati mortalis reatu, etiam non data necessitate extrema, si detur vrgens necessitas, tenuit *Cardin. Turrecrem. in dict. cap. singulis 4. solu. 5. conclusio.* vbi optimè declarat per octo conclusiones, quarum summa, & veritas est, quòd existenti in extrema necessitate tenetur quis sub peccati mortalis reatu subuenire, nisi se vel suos ex hoc in simili necessitate constitueret: quia quãdo non est extrema necessitas, tenetur quis de his tantum, quæ sibi, & suis superfluunt, secundum statum suum facere eleemosynam, & istius opinionis est *S. Thom. in quodlibet. 8. quæst. 6. artic. 13.* cum hac moderatione, quod non teneatur præcise huic, vel illi, vel omnibus, quia fieri non posset, sed sufficit, quòd distribuat, prout sibi videbitur, licet *in dict. quæst. 32.* adeo obscurè loquatur, vt videatur sentire, quòd solum sit de præcepto in casu extremæ necessitatis, alias sit de consilio. Sed intelligitur, quod non est necessarium huic, vel illi, vel omnibus dare, quando omnibus subueniri non potest, sed alicui dare est de præcepto, vt dicto quodlibeto determinat.

Istam opinionem tenet *D. Martin. Nauarr. in suo Manuali confessorum. cap. 24.* pro contraria autem opinione nulla potest allegari ratio, cui opus sit satisfacere, cum ita euidenter sit falsa, solum enim habuit originem ex eo, quod *S. Thom. 2. 2. quæst. 32. artic. 5. in conclusione* obscure locutus est, & verba ipsius videantur esse contra supra dicta, quod fuit causa erroris Panormitani; & quod obscurè etiam in hoc loqueretur *Archidiaco. in cap. sicut 47. distinct. & ibi Turrecrem. & in cap. quamobrem de pœn. distinct. prima*, sed clarè loquitur *idem Turrecrema. in dicto c. singulis. 86. distinct. supra allega.* ad verba S. Thomæ optimè ea interpretando respondit *Caiet. in opusculo huius rei particulari, tomo. 2. tracta. 5.* vbi reprehendendo Abbatem Panorm. ostendit, tam ex locis supra allegatis, quàm alijs S. Tho. in ea semper fuisse sententia, vt non requiratur ad præceptum eleemosynæ, quòd concurrant simul, vt quis superflua habeat, & necessitas in paupere sit extrema, & ibi ponit argumenta, & responsiones alias, quibus hæc pars comprobari potest, quæ omittimus, quia ibi poterunt videri. De præcepto igitur misericordiæ omnes tenentur ad faciendum eleemosynam de superfluis, nec aliquis ab hac lege est immunis, quia, vt inquit diuus *Ambrosius cap. singulis. 86. dist.* Misericordiæ est cõmunis vsus, ideò commune præceptum est omnibus ætatibus, omnibus officijs necessaria, & ab omnibus deferenda, non publicanus, non miles excipitur, non agricola, vel vrbanus; diues, & pauper, omnes in commmuni admonentur, vt confe-

rant

rant non habenti, misericordia enim plenitudo virtutum est, & ideò omnibus est proposita perfecta forma virtutis, &c.] Nec quod ibidé de paupere dicitur supradictis obstat, nam & pauper secundùm statum suum, imò cui aliquid deficit, tenetur eleemosynam facere, licet pauper dici possit, hoc enim esse diuitem, vel pauperem secundùm statum suum non consistit in puncto indiuisibili, sed habet latitudinem, & est, vt Græcè dicitur ἐν πλάτει, & in simili dicit *Iulianus in l. ratum. ff. de solutio.* Et spatium quoddam assumitur nec nimium, nec maximum, & quod magis intellectu percipi, quàm elocutione exprimi possit.] Et *Celsus apud Vlpian. in l. in hac actione. ff. de condic. triti. & Paul. in l. si arbiter. ff. de probatio, & Vlpianus Iulianum referens in l. quo enim. ff. rem rat. haberi in §. Iulianus,* vbi inquit, hoc autem μικχυμερέστερον erit accipiendum,] *idem Vlpianus in l. quam Tuberonis in §. si vre autem ff. de pecul. & hoc Iulianus in l. 1. ff. vnde legitim.* τὸ ... dicit accipiẽdum, sic etiam quantum pro conditione alicuius necessarium esse dicatur, vt alia omnia superflua sint, latitudinem habet, nec facilis est determinatio. His enim, quæ fines certos non habent constitutos, non ita certa meta potest adhiberi, vt in simili inquit eleganter *Vlpianus in l. locus in § fi. ff. de verb. signifi.* fundus quidem suos habet fines, locus verò latere potest quatenus determinetur, & definiatur;] sed non ob hoc liberum penitus habet arbitrium clericus, vt magnos redditus sibi esse necessarios semper dicere possit, nam vt inquit *Beat. Thom. in d. q. 185. art. 7. in conclusi.* Si quidem in modico deficiat, vel superabundet, potest hoc fieri absque bonę fidei detrimento, quia non potest homo in talibus accipere illud, quod fieri oportet, si verò sit multus excessus non potest latere, vnde videtur bonæ fidei repugnare. ita S. Thom. quod etiam dixerat *Aristot. qui 2. Ethico.* ita inquit, Qui paulum aliquid decorum egreditur, non est in vitio; quia autem longius euagatur, quoniam minimè latere potest, non caret reprehensione.] facit text. in *l. hæc adiectio. ff. de verbo. signifi.* ex his apparet, quod non illico omnes diuites superflua possidere dicentur, sed multis pensatis id superfluum erit simpliciter & absolutè, quod nulla ...tione sit necessarium, nec latere possit, & quod ita superfluum esse apparebit, id habere peccatum est, vt optimè declarat *Cardinal. Turrecremata in cap. clericus, versi. ad secundum, num. 5. 12. q. 2.* quem oportet videre, quia in hoc sæpissimè à diuitibus peccatur. Sic etiam quando quis dicatur esse in extrema necessitate, & quando in graui, vel secundùm naturam, vel secundùm conditionem suam, regula certa constitui non potest, nam vt inquit *S. Thom. in dicta quæst. 185. art. 7. ad primum,* Non potest determinari, quando sit ista necessitas, quæ ad peccatum mortale obliget, sicut nec cætera particularia, quæ in humanis actibus considerantur. horum enim determinatio relinquitur humanæ prudentię. ita S. Thom. cum autem id boni viri arbitrio relinquatur, non omnino incertum est, imò lege pro certo habetur; vt in *l. 1. in vlti. respons. ff. de legat. 2.* ideo pretia rerum, & in legibus iustitię, licèt ex arbitrio communi dependeant, certa habentur non in puncto indiuisibili, sed cum ita exceditur, vt id latere non possit. vt in *l. 2. C. de rescinden. vendit. & l. maioribus. C. commu.* vbi docto. *& l. si quis tum aliter. ff. de verb. obligat.* & hæc est vera ratio ad illas leges, quam nullus ex nostris docto. ponit, & est optima ratio ad ea, quæ *glos. l. 1. § pueritiam, in verbo, ratus. ff. de postu.* inquit, rationem reddi non posse scilicet ad tempora ætatum, tempora præscriptionum, & similia, in quibus temporibus res adeò manifesta redditur, vt latere non possit, sicut excessus vltrà dimidiam insti valoris, vt mirandum sit *R. Pat. Dominic. de Soto in d. q. 4. art. 3. in 4.* ratione ita rem incertam existimare quantum secundùm dignitatem, & conditionem cuiusque sit necessarium; vt hac maximè moueatur ad liberandum omninò prorsus Episcopum, à lege iustitiæ in dispensatione suorum redditum, quæ sanè ratio si adeò potens esset, & sufficiens ad liberandum à lege iustitiæ, etiam ad liberandum à charitatis præcepto, & à lege misericordiæ sufficeret: quod nemo dixerit, & ipse optimè in art. 4. singulari iure Episcopos ad eleemosynam constringit. Sic etiam, vt quis dicatur esse in extrema necessitate non expectandum est, vt eò miseriæ perueniat pauper, vt iam fortè frustra ei succurratur, vt bene ex Sanct. Thoma dicit *Cardinal. Turrecremata in d. c. singulis, num. 6. 3. conclusi. in fi.* & est expressum in *l. stipulationes non diuiduntur in § fi. vers. plane. ff. de verbo. oblig.* planè inquit *Vlpianus.* Si insulam fulciri quis stipulatus sit, non est expectandum, vt insula ruat, vt sic denique agi possit.] & in *l. existimo. in § ex hoc eod. tit.* facit tex. *in l. si vero, in § prætor ait,* ibi, Neque expectamus, vt noceat, sed omnino, si nocere possit, edicto locus fit.] *ff. de his, qui eiecer. vel effud.* facit optimus tex. *in l. Si in lege in § conductor. ff. loca.* sed vt diximus, ad præceptum eleemosynæ non requiritur extrema necessitas, nec vt quis sit proximus extremæ necessitati, vt quis ei de superfluis eleemosynam elargiri teneatur, sed sufficit, quòd sit in non leui necessitate secundùm statum suum. hoc enim sat est, vt de superfluis cuiuslibet status, vel conditionis homo teneatur eleemosynam facere constitutis in tali necessitate, & nullus excusari poterit, quòd non sint egeni tales, quibus eleemosynam facere teneatur; cum si non in extrema necessitate naturæ, in maxima tamen necessitate vel naturæ, vel secundum conditionem suam pauperes numquam deficiant, nam & Dominus dixit, Pauperes semper habebitis vobiscum.] Et re ipsa experimur plures esse quàm facultates cuiuslibet sufficiant, ideoque verum erit, semper de superfluis teneri quemlibet sub peccati mortalis reatu facere eleemo-

Contra Sotum.

eleemosynam, quòd si ad hoc omnes tenentur, etiam laici, clericos multo magis teneri de bonis Ecclesiasticis certum est. considerare enim debent, quòd si aliter dispensent, quamuis à præcepto iustitiæ liberi sint, intentionem tamen præcepti non obseruare, & quòd sicut de mercede prostibuli oblatio fieri prohibitum est lege veteri, & noua: vt *Deuteronom.* 23. & not. in *cap. primo.* 14. *quæst.* 5. *& in cap. oblationes* 90. *distinctio.* in lege veteri propter immunditiam, in noua propter scandalum, vt dicit *S.Thom.* 2.2. *quæst.* 86. *art.* 3. *ad primum.* & propter sacrorum reuerentiam, vt ipse dicit 2.2. *quæstio* 32. *artic.* 7. *ad secundum*, licet glossæ alias rationes ponant, ita per contrarium redditum bonorum Ecclesiasticorum, quæ Deo, & Ecclesiæ sunt oblata, vt in *cap. res Ecclesi. & in cap. qui Christi* 12. *quæst.* 2. dispensatio turpiter facta, maius crimen in se continet, quàm si in alijs rebus esset abusus.
10 Nam hæ res Ecclesiæ, licet non propriè, tamen in quarto gradu sacræ habentur, ideò in eis committitur sacrilegium, vt per *Sanct. Thomam* 2.2. *quæstio* 99. *articul.* 3. & ideò ex natura rerum maius peccatum committitur in abusu reddituum Ecclesiasticorum, quàm aliarum rerum. Nec contrarium sentit *S.Thom. dict. quæst.* 185. *art.* 7. *in conclusio.* dum vult, quòd redditus Ecclesiastici ex ipsarum conditione sint eiusdem rationis, cuius sunt propria, & patrimonialia bona, quia S.Thom. hoc determinat quoad legem iustitiæ, non quoad debitum charitatis, quod in clericis, & in redditibus Ecclesiasticis longè magis existit, vt optimè probat *R.F. Dominic. de Soto in dict. lib.* 10. *de Iusti. & iur. q.* 4. *artic.* 4. loquens de Episcop. & in fi. dicit, Et si lege iustitiæ non magis Episcopi vinciantur, quam diuites seculares, tenentur tamen strictiori misericordiæ nexu: quia vt dictum est Episcopi patres pauperum sunt. Et ideò *beatus Clemens l.* 4. *constit: Apostolica.* loquendo de pauperibus inquit, Vos Episcopi soliciti estote de eis alendis, in nullo deficientes, orphanis præstantes munera parentum, viduis virorum, adultis nuptias, artifici opus, infirmo misericordiam, esurienti cibum, sitienti potum, nudis vestitum, ægrotis medicinam, in carcere inclusis opẽ.] Et quod ipse Dominicus dicit de Episcopis, idem de alijs clericis, qui redditibus ecclesiasticis abundant, dicendum est. Quinimo & lege iustitiæ aliquando clerici etiam in patrimonialibus bonis non sunt liberi, si talis rerum abusus sit, vt turpitudinem contineat, vt per *Cyn. Bartol. Alberic. & alios in l.* 2. *C. de donatio. inter vir. & vxo.* latè per *Palaci. in repetit. rubr. de donatio inter vir. & vxo.* §. 39.

CAP. VI.

In quo probatur clericos esse dominos rerum suorum beneficiorum.

SVMMARIVM.

1. *Vsusfructuarius est procurator à lege.*
2. *Clericus est dominus mensæ sui beneficij.*
3. *Quod res sit Ecclesiæ vel Christi, non repugnat dominio clericorum.*
4. *Clericus est vsusfructuarius causalis, non formalis.*
5. *Barbatij turpissimus error.*
6. *Locus Aristotelis declaratur.*
7. *Intellectus l. si quis cum totum. de exception. rei iudi. in princip.*
8. *Iudex debet condemnare in parte probata.*
9. *Iudex, petitis decem, si actor de quinque probauit, in quinque tantum condemnare tenetur.*
10. *Absolutoria comprehendit totum, & partes*
11. *Non est consequentia, non potest alienare, ergo non est dominus.*
12. *Prælati quomodo procuratores dicantur, & sint.*
13. *Clericus marito in re dotali comparatur.*
14. *Fructus collecti à prædone censentur collecti à beneficiato spoliato.*
15. *Concilium Tridentinum nihil mutat ex supradictis.*
16. *Melior resolutio materiæ, vt cesseat omnes difficultates.*
17. *De officio presbyteri, & etiam Episcopi.*
18. *Verbum prædicare qualiter accipiendum sit.*

Educitur ex supradictis in præcedenti cap. & ex S.Thom. resolutione, cum per erectionem beneficiorum, & antiquam diuisionem, & hodie multo magis consuetudinibus supradictis vigentibus specialiter clericorum mensæ bona sint deputata, quòd clericus rerum sui beneficij, non vsusfructuarius, vel procurator solum, quod omnibus vsufructuarijs commune est, vt à lege procuratores esse censeãtur, vt in *l.* 1. §. *fin ff. de noui oper. nunciat. &* 1 *in l.* 1. *in fi. ff. vsusfructuari. quemadmodum caueat. Bald. in rub. de procurato. Bart. in l. si is qui fundum. circa fi. ff. de vsufruct. leg. & Bald. in l. eum ad quẽ. C. de vsusfruct. Paul. de Castr. in l. si. in* §. *fi. ff. de seruituti.* sed dominus rerum beneficij simpliciter dici possit: quod autem Episcopus, vel benefi- 2 cium canonica obtinens institutione, sit rerum suæ mensæ, vel beneficio assignatarum dominus, probatur ex pluribus.

Primo per tex. in *c. volumus, & cap. sequen.* 89. *distin.* vbi Episcopus pro administrandis rebus sui Episcopatus vice dominum constituit, ergo ipse dominus est.

Secundò probatur in *c. indicatum ead. dist.* vbi dicit res esse patrimonij Episcopi.

Tertiò Episcopus, & beneficium obtinens rei vendicatione agere possunt pro bonis suæ mensæ vel beneficij, vt omnes not. *in c. proposuisti. circa finem extra. de præbend.*

Quartò potest vendicare beneficium, vel Ecclesiam, vt omnes not. & *Abb.* trad. *c. cum super. fin. col. de caus. poss. & proprieta.* Ergo & eorum, quæ sunt illius Ecclesiæ *l. sic eueniet. ff. ad l. Iul. de adulter.* & licet argumentum ab authoritate in disputando leue sit, & insolens, & magis legibus, & rationibus sit argumentandum, tamen cum hæc opinio sit noua contra doctorum communem opinionem, quod ex eorum alijs opinionibus sumitur argumentum contra eos validissimum erit.

Quintò probatur, capitulum, & prælatus pro rebus communibus possunt rei vendica-

tione

tione agere, vt in *c. Abbate sanè. de verbo. signifi. lib. 6. in princ.* Ergo pro rebus applicatis singulis
eorum, specialiter quilibet rei vendicatione
agere poterit, quia quod possunt plures iure
communi communiter, potest solus in re par-
ticulari, vt *ff. de rei vendicatione in l. qua de tota.* cum
concordan.

Sextò probatur in *c. si Episcopus 12. q. 5.* vbi
potest Episcopus rem Ecclesiæ dare, si tantun-
dem de suo Ecclesiæ relinquat, hoc autem sine
dominio fieri non potest, cum dominio autem
sæpè permittitur, etiam si res illa sit subiecta
restitutioni, vt *ff. de lega. 2. in l. vnum ex familia. §. sed si fundum, & in l. cum amplius. §. cum bonorum. ff. de lega. 1.*

3 Septimò probatur, quia quòd res Ecclesiæ,
dicantur Christi, vel Ecclesię, vt supra diximus,
non repugnat huic dominio, imò ideo domi-
ni rerum sumus quia Domini est terra, &
plenitudo eius,] & eius benignitate Domini
efficimur, & sumus. Sicut quod sit caput Eccle-
siæ D. N. Iesus Christus, non impedit, vt sit ca-
put Ecclesiæ Pontifex: quicquid infœlices Hæ-
retici insaniant. Quinimò ideò caput Ecclesiæ
est Pontifex, quia est caput Ecclesiæ Christus,
cuius est vicarius Pontifex, vt Ecclesia visibilis
capite visibili non careat, quòd elegantissimè
contra Brentium hæreticum explicat doctissi-
mus vir & illustrissimus *Cardinalis Varmien. in li.*
„ *5. de catho. Ecclesia,* vbi ita inquit, Nisi te datum
„ iam in reprobum sensum totum Sathanas pos-
„ sideret, non posses non fateri, quòd vna Eccle-
„ sia, quin & vna fides apud eos esse nulla ratio-
„ ne potest, apud quos sub inuisibili capite Chri-
„ sto visibile quoque caput in terris Pontifex v-
„ nus non agnoscitur, & *beatus Ambrosius Luca 9.*
inquit, Continet itaque virtute sua molem Ec-
clesiæ Christus, ac inuisibiliter eam gubernat.
Sed quemadmodum in sacramentis cum ipse
solus inuisibiliter operetur omnia ministerio
vtitur visibilium sacerdotum. Sic visibilem in
terris elegit ministrum, per quem Ecclesiæ mo-
lem hanc sustineret, per quem gregem suum
visibilem inuisibilis ipse gubernaret.] Quod
autem dominium proprius dici possit esse
apud Episcopos, & beneficiatos, quàm apud
Ecclesiam. ex eo patet, quia in iure nostro po-
tius dominium constituitur apud personas ve-
ras, quam apud mysticas, apud quas necessita-
tis causa, & in subsidium solet dominium con-
stitui, donec persona vera, in qua illud domi-
nium resideat, aduocetur: nam & hæreditas
tamdiu dominium rerum obtinet, quamdiu
hæres aditione dominus efficiatur, vt in *l. hære-
ditas. ff. de acq. rerum dominio, & de reg. iur. & in l. 1. in §. Scæuola. ff. si quis testamen. l. esse iuss. fuer. & in l. cœptā ff. de vsucapioni.* Sed apparente hærede, &
hæreditatē adeunte, dominium apud eum re-
sidet. *de acq. poss. in l. cum hæredes §. ēti sumus,* quòd
dominium prius apud hæreditatem necessita-
te quadam erat, ne bona nullius, & vacantia
essent, & occupantis iure gentium fierent.

Sic igitur dominium rerum Episcopatus, &
beneficij apud Ecclesiam, vacante sede vel be-
neficio, est, Episcopo tamen canonicè insti-
tuto, vel beneficio collato clerico, dominium
apud eos residebit earum rerum, quæ mensæ
suæ sunt destinatæ, & ita non vsusfructuarius
formalis. Et sic iure seruitutis, vel vsuarius, sed 4
causalis iure dominij, & dominus dicendus
clericus est, si enim vsufructuarius esset, domi-
nus non esset, licet nescio quo iudicio, *Barba.* *Contra Barba.*
in dict. c. si. de pecul. clericor. antepenul. col. num. 13. in fin. per contrarium argumentetur, maxima
cum admiratione, quod doctores id non sint 5
assecuti, cum enim priùs dixisset, vsufructum
partem dominij esse, & vbicumque alicui de-
negatur totum, denegari & quamlibet partem
totius, subiungit, Sequitur necessario, quòd si „
non sunt domini rerum Ecclesiæ, quòd non „
sunt vsufructuarij, quia in parte dicerentur do- „
mini, quod omnino prohibet textus *in c. 2. & si-* „
mil. & indubitanter ista ratio euertit in totum „
fundamentum Hostiensis, & Ioannes Andr. „
nescio videre quomodo tantum laborauerint „
profundissima ingenia tantorum patrum asse- „
rentium, clericos vsusfructuarios esse, aut simi- „
les vsusfructuario. hæc sunt verba Barba. cuius „
modū argumentandi cum nō intellexisset *Pau-
lus iurisconsul. qui in l. rectè dicimus. ff. de verb. signific.*
ita inquit, Rectè dicimus, cum fundum totum
nostrum esse, etiam cuius vsusfructus alienus
est, quia vsusfructus non dominij pars, sed ser-
uitutis sit, vt via, & iter,] nec *Aristotel. qui lib. 6.*
Politicor. c. 6. loquendo de iudice, qui petitis vi- 6
ginti minis reum absoluit, inquit, Non enim,
cum absoluit, nihil debere iudicat, sed viginti
minas non debere,] nec *Paulus iurisconsul. in l. mortuo boue. ff. de lega. 2. & in l. lana legata circa fin. ff. de lega. 3.* ex quibus, & in partibus quotitati-
uis, & in partibus integralibus malè argumen-
tari *Barb.* apparet, & in terminis vsusfructus, &
proprietatis contrario modo argumentatur
iurisconsultus *Iulianus in l. si cum testamentum. §. si fundum meum. ff. de exceptio. rei iudicat.* vbi in-
quit tex. Quoniam postquam nactus sum pro-
prietatem fundi, desinit meus esse prior vsus-
fructus, & iure proprietatis quasi ex noua cau-
sa rursus meus esse cœpit,] ex quo tex. apparet
esse bonam consequentiam, est vsus fructua-
rius, ergo non est dominus, contrariam Barba-
tij collectioni, & est etiam expressum *in l. cum in fundo. ff. de iure doti.* sed hæc longiorem disqui-
sitionem requirerent, tum illi Aristot. senten-
tiæ ex diametro pugnare videatur Vlpian. re-
sponsum in *l. si quis cum totum de exceptione rei iu-
dicat.* Si quis, cum totum petisset, inquit *Vlpian.* 7
partem peteret, exceptio rei iudicatæ nocet,
nam pars in toto est, eadem enim res accipitur,
& si pars petatur eius, quod totum petitum
est, nec interest vtrum in corpore hoc quæra-
tur, an in quantitate, vel in iure &c.] Sed di-
ctum Vlpiani eo pertinet, quod in iure nostro
statutum sit, vt qui decem, vel fundum, vel
hæredi-

hæreditatem petit, & totum & singulas partes petijsse videatur, & iudex, qui de ea re cognouerit, non quòd decem non probauit actor, absoluere debet reum, sed si septem vel octo probauit deberi, in his condemnare debet, ideò absolutio non decem tantum non deberi continet, sed nec decem partem aliquam. Hoc probatur ex eodem Vlpiani responso in *eadem l. si quis cum totum in §. fin. & cum ex iure agencis*, qui affirmatiuè petijt, ius metiamur, vt *in l. 1. in §. 1. si pars hered. peta.* & qui decem petit, & vnum, & duo, & singula ex decem petat, *l. 1. §. si stipulanti. ff. de verbor. obligat.* & iudex non de parte, sed de toto cognoscere, & iudicare debeat, non de toto iudicaret non deberi decem pronuntians, si de nouem, & de octo, & sic de singulis quæstionem dimitteret.

8 Erit a petitis decem, si actor quinque deberi probauerit, in quinque iudex condemnare poterit, vt sensit *gloss. in l. verbum oportere. ff. de verb. signific.* clarius *gloss. in l. si seruus furtiuus. §. boue surrepto. in glos. summonebitur, & in glos. offerente. ff. de condict. furti.* & per illam expresse *Ioan. Fabr. allegan. Petrum de Bell. in §. quoties, Instit. de inutilib. stipulati.* per textum, qui videtur expressus in *l. vir vxori. §. final. ff. ad senat. consult. Velleian.* ibi, Creditorem partem dumtaxat pecuniæ à muliere petere posse, quod si totum petierit, exceptione pro parte summouebitur. Idem tenet *idem Ioan. Fab. in §. temporalis Instit. de exceptio. prima colu.* alios ad hoc allegat *Tiraquell. in tracta. de vtroque retract. in fi. secundæ partis, num. 98.* quod etiam voluit *Bar. in l. si constante. §. fin. ff. solu. matrim. & in l. qui solidum, ff. de lega. 2.* & videtur expressum in responso *Iulia. in l. quidam æstimauerunt. ff. si cert. petat. in principio, & in l. 1. in princip. cum glos. super verbo eatenus in 6. exemplo, in versic. incorporalibus, ff. de non. oper. nunciat.* & est expressum in *l. diem proferre. §. si plures. ff. de arbitr. & in cap. 1. de arbitr. lib. 6.* licet in principali illorum textuum decisione sit maior difficultas, quam nostri doctores existimant, vt ex illo Aristot. loco apparet. Sed de hoc alibi, longiorem enim tractatum requirit, quam hic locus admittat: latè declar. *R. Episcopus Sebobien. lib. 1. varia. resol. c. 2. numero 6.* facit optimus text. qui omnino videatur in *l. 1. §. Trebatius, in vers. Marcellus autem. ff. de aqua quotidi. & æsti.* & ita antiquatum est ius, de quo meminit *Cicer. in orat. pro Rosc. Com.* qui ita inquit, ,, Si amplius H.S. nummo petisti quem ,, tibi debitum est causam perdidisti, propterea ,, quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium, ,, iudicium est pecuniæ certæ, arbitrium incertæ, ,, ad iudicium hoc modo venimus, vt totam ,, litem aut obtineamus, aut amittamus, ,, ad arbitrium hoc animo adimus, vt neque ,, nihil, neque tantum quantum postulauimus, consequamur. hoc inquam ius antiquatum est, vt apparet in *§. si quis agens. Instit. de actio.* Iudex igitur, petitis decem, in quinque condemnare potest, si de quinque tantum pro-
betur: imò & debebit, vt in d. ll. probatur, & 9
facit *ff. de iudicijs in l. de qua re*, & hoc speciali ratione, quia libelli & petitionis affirmatiuè conceptæ ratio habenda est, ne iudex pro parte iudicasse videatur, quod facere non potest, imò sententia nulla esset, vt voluit glos. in *l. apud Celsum, in §. item quæritur, ff. de dol. exceptio*, facit text. in *l. in hoc iudicio. ff. familia herciscu.* tenent omnes doctores post glos. *ibidem in l. 1. C. si aduersus rem iudi.* latè per *Abba. in c. cum inter. colum. 5. cum sequen. extrau. de re iudic.* vbi latè *Felin. 3. colum. cum sequenc.* In sententia igitur iure nostro talis sumitur interpretatio, vt iudex, qui à decem petitis absoluit, videatur etiam à partibus absoluere. Et ex his pos- 10
sunt resolui ferè omnia, quæ latiùs cumulat *R. Episcopus Segobien. lib. 1. variar. resolu. in dict. cap. 2. num. 5.* an petitis decem, possit debitor nouem negare petita, nam idem erit in negatione libelli, quod in sententia diximus, aliàs autem vera semper erit hæc conclusio, Titium decem non debere, etiamsi nouem debeat, & Titium dominum fundi Seiani non esse, si pars fundi Seiani aliena sit, vt *ff. de rebus dub. in l. si is, qui ducenta. in §. primo. & in §. vtrum*, licet *Barba.* aliud excogitauerit. & ita sententia Aristotelis in sententijs, quæ secundùm ius nostrum proferuntur, non procedet, licet apud dialecticos id verum semper sit, vt qui reum à decem absoluit, decem non debere dixisse videatur, non autem nihil debere, vt *Aristotel.* inquit. Denique contra Barbatium si clericus dominus est, vsufructuarius non est formaliter, de quo quærimus, scilicet iure fruendi, quod ex iure dominij rei non prouenit, sed potius iure seruitutis, quæ in re propria consistere non potest, vt *ff. si vsufru. peca. in l. vti frui*, quòd si vsufructuarius censeretur, dominus non esset, vt in *dict. l. si cum testamento. §. si fundum meum*, maximè quia doctores nō clericum vsusfructuarium, sed vsusfructuario similem, si ipsi Barba. ibidem credimus, constituunt. Ex quo qualis sit Barbatij collectio, sicut & omnes aliæ, quas ipse inuenire solet, quilibet, qui non sit omnino imperitus intelliget. Sed vt redeamus eò, vnde digressi sumus: puto in iure verius esse, clericos non vsufructuarios, sed dominos maximè post erectionem beneficiorum esse. Quòd si consuetudinum ratio habeatur, hoc sine dubio verum erit. quod vt licentius rebus Ecclesiasticis abutantur, nihil efficiet, vt supradictum est, & statim ostendemus, sed ad alios iuris effectus maximè interest, domini habeantur, vel non.

Quòd si aliquis huic opinioni obijciat, si dominus est clericus sui beneficij, si Episcopus sui Episcopatus, & rerum suæ mensæ, ergo & alienare poterit, & abuti? Hoc autem facere non potest, ergo dominus non est, sed hoc 11
vltimum iam supra est sublatum in cap. præce. Primum vero de facili vitari potest, hæc enim conse-

consequentia non magis valida est, quam vera hæc collectio erit, pupillus dominus non est, quod alienare non possit, idemque de furiosis & similibus erit dicendum, & eadem ratione maritus rerum dotalium dominus non est, quòd alienare non potest, & tamen pupillus dominus est rerum suarum pleno iure, & maritus rei dotalis, ita vt dominium directum, & vtile habeant, in quo vsus & vsusfructus causalis continetur, & ita supradictum argumentum tollitur per *Iustinia. in princi. Insti. quibus alienare licet, vel non*, vbi ita inquit, Accidit aliquando, vt qui dominus sit alienare non possit, & infrà, Nam dotale prædium maritus inuita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamuis ipsius sit dotis causa datum,] probatur etiam C. *de rei vendicat. in l. doce ancillam & C. de administra. tuto. in l. lex, qua tutores, & per totum ff. de rebus eorum, & §. nunc admonendi cod. titu. quibus alienare licet, vel non.* sic videmus grauatum restituere onere fideicommissi post mortem dominum esse: licet alienare non possit quòd dominium ab eo recessurum sit, & ita in *l. non ideo minus. ff. de rei vendicat.* Non ideò minus, inquit *Vlpianus*, rectè quid nostrum esse vendicamus, quod abire à nobis dominium speratur, si conditio legati, vel libertatis steterit,] quòd ostendit esse propriè dominos, & simpliciter, cum directa eis rei vendicatio detur, de qua ille titulus loquitur. facit tex. in *l. fin, §. sin autem sub conditione.* C. *commu. de leg.* tex. *in l. statu liberos venundari. ff. de stat liber. & in l. penult. in §. penul. ff. qui satisd. cogan.* tex. notab. in *l. generaliter in §. sub conditione. ff. qui, & à quibus man. lib. non fiant*, vbi inquit *Caius*, Sub conditione seruus legatus pendente conditione pleno iure hæredis est, sed nullam libertatem ab eo consequi potest ne legatario iniuria fieret.] text. etiam *in l. 1. in §. serui. ff. ad senat. consul. Sillani.* vbi *Vlpian.* probat, quòd serui, qui sub conditione legati sunt, in dominio hæredis sunt, & subiungit, Nec quod conditio existens efficit, quòd desinant esse hæredis, facit, ne videantur interim eius esse, textus etiam in *l. statu liberum. ff. de statu liber.* vbi inquit *Vlpianus*, Statu liberum medio tempore seruum hæredis esse, nemo est, qui ignorare debeat.] text. est etiam in *l. si seruus furtiuus.* iunct. *l. 1 ff. de condit. furt. & in l si ex duobus. §. sed & Marcellus. ff. de in diem addictio.* vbi est expressum, & ibi glos. allegat text. in *l. si quis hac lege. ff. de rei vendicat.* vbi probatur dictum dominium esse directum, & rei vendicationem competere directam, licet dominij vsus quoad ius alienandi impeditus sit, & licet videam, quòd nonnulli ex Theologis istam consequentiam admittant, non potest quis alienare: ergo dominus non est, apud nos tamen nullam vim habet, vt probatum est. Nec minus prædicti, qui alienare non possunt, domini sunt, quàm infans, vel furiosus homines sunt, & per consequens sub definitione hominis, (quod animal rationale est) comprehenduntur, etiam si vsum rationis non habeant, sic igitur Episcopi, vel clerici, quod alienare res suorum beneficiorum non possint, non ideò domini non sunt censendi. Quinimo si rei dotalis dominus est maritus, quare Episcopus, quæ dotis nomine ab Ecclesia ei conceduntur, qui eius sponsus dicitur, vt per *S. Thomam in 3. in q. 40. artic. 4. in fi. in addit.* inter quem & Ecclesiam matrimonium spirituale interuenit, *cap. inter corporalia, de transla. Episco. vel electi gl. in cap. cum in cunctis de electio.* & nota. in *cap. dudum. § fina. eodem tit.* & in signum matrimonij anulum gerit, vt *cap. clerici de vit. & honest. cleric.* secundùm *Abba. c. si. col. 2. de postul. prælato.* post *Magist. in 4. senten. dist. 21. c. 2.* quare inquam Episcopus dotis suæ dominus non efficietur? Nec si pauperibus fructus distribuere teneretur, & Ecclesiam sustentare, hoc impediret, quo minus dominus esset, nec enim ab oneribus rerum dotalium hoc alienum est, vt quis ex eis vxorem, & familiam alere teneatur, vt in *lege pro oneribus. C. de iure doti.* Ideò nec id opponitur dominio, cum his existentibus, maritus dotis verè & simpliciter dominus sit, vt supra ostensum est, idemque in clerico quoad dominium rerum sui beneficij simili ratione dicendum est, vt non ideò minus dominus sit, quòd bona beneficij alienare non possit, sed ea sarta tecta successori in beneficio conseruare teneatur. Empta vero ex fructibus beneficiorum conseruare debet, non quòd etiam empta de fructibus rerum dotalium à marito vxoris, vel dotalia efficiantur, vt perperam arguendo *AEgid. de Bellamera in c. cum venerabilis, nu. 58. circa fin. de exceptio*, quia licet empta de pecunia dotali dotalia efficiantur, vt *l si vt proponis. C. de rei vendicat.* Tamen fructus rei dotalis non sunt dotales, nec vllus vnquam hoc dixit, nec dicere potuit, cum sit contra mentem omnium legum, vt *ff. de iure dot. l. dotis fructus, & ff. solut. matrimo. l. diuortio. l. si ante nuptias. l. fructus etiam, & ff. de dona. inter vir. & vxo. in l. vxor marito*, vbi glos. & facit C. *de iur. do. l. pro oneribus*, Dotis fructus, inquit *Vlpian. in d. l. dotis.* ad maritum pertinere debere æquitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonij subeat, æquum est eum etiam fructus percipere.] Quinimo adeò fructus rei dotalis sunt mariti, vt nec valeat pactum impositum in dote, vt fructus pertineant ad vxorem. tex. est in *l. si conuenerit 2. & l. quæris. ff. de pact. dotalibus*, sed hoc onus, vt empta ex fructibus beneficiorum sint Ecclesiæ. quia ius canonicum voluit clericis imponere, ne rerum augendarum cupiditate, vel ambitione ad patrimonia amplificanda incumberent, in quo, sicut in alijs (vt supra dictum est) attendenda est consuetudo, an de ijs rebus eisdem disponere liberè concedat, vt in Hispania introductum est, clericus igitur, vel Episcopus dominus est, vti tamen isto dominio ita possunt, vt sacris canonibus, vbi abrogati

Contra AEgidi.

gati non fuerint, legem ipsis, & modum quoad eiusdem dominij vsum imponentibus, non contrauenjant.

12 Nec his obstat, quòd prælati procuratores, non domini appellentur, vt supra deductum est pro Archid. opinione, in 3. argu. quia respondetur, id verum esse respectu illarum portionum, quæ suæ mensæ non sunt applicatæ, earum enim administratores sunt, non domini, sicut & quilibet clericus dignitatem habens cum administratione, qui non suam portionem sibi assignatam solum, sed & aliorum, vel Ecclesiæ administrat, cuius portionis, quæ suæ mensæ non est, administrator est, non dominus, sed partis suæ, quomodocumque ei attributa sit, siue per diuisionem, vel electionem, beneficij dominus est: quod maximè procedit consuetudine existẽte, quæ liberam fructuum alienationem permittit, quia quamuis illa consequentia bona non sit, alienare quis non potest, ergo dominus non est: hæc tamen semper vera erit, iure suo alienare quis potest, ergo dominus est. Huius autem dominij acquisitio (vt dictum est) non efficit, vt clerici possint liberè rebus Ecclesiasticis abuti, cum & in proprijs rebus maximè restitutioni subiectis, quales beneficiorum sunt, leges iustitiæ facultatem disponendi in multis restringant, & adimant, sed præcepto charitatis, quòd omnia bonorum genera, etiam secularia comprehendit, maximè (vt dictum est) clerici constringuntur, vt nec eos dominos constituere, aliquid plus eis tribuat, vt ab eleemosynis ex debito charitatis excusentur, quoad alia tamen non est sine effectu. maximè enim interest, an clericus dominus, vel vsufructuarius iudicetur, nam si vsufructuarius sit, non faciet fructus suos, nisi sint collecti iuxta materiam textus in *l. defuncta. ff. de vsufruct. & l. in singulos in fi. ff. de annuis legat.* Ideò si ante moriatur, vel beneficium dimittat fructus ad eum non pertinebunt, si vero dominus sit, non illa comparatio fiet, sed pro rata temporis, quo beneficium obtinuit, fructus sibi debebuntur exemplo mariti, si morte, vel aliàs matrimonium collectis nondum fructibus dissoluatur iuxta tex. in *l. diuortio. ff solut. matri.* vt *ibidem* sensit *Alberic.* Et hæc

13 comparatio est melior, cum mariti fiant fructus rei dotalis, ratione dominij, & onerum matrimonij, vt in *l. pro oneribus. C. de iur. dot.* Et ideò æquum est, vt temporis etiam ante collectionem fructuum, quo onera matrimonij sustinuit, ratio habeatur, vt fructuum pro rapta particeps sit. Ita etiam in clerico, cui propter officium & seruitium datur beneficium, æquum est, vt temporis, quo inseruiuit, etiam fructibus non collectis ratio habeatur, vt stipendio sui laboris non defraudetur: & ista opinio est verior, licet passim docto. sequantur vsusfructuarij exemplum, vt bene contra eos defendit *R. Episcop. Segobien. lib. 1. Variar. resolut. cap. 15.* vbi latè de hoc, nec similis ratio est clerici, & fideicommissarij, vt exemplum eius sequi debeamus, de quo *in l. Herenn. 1. ff. de vsur.* Quia cum fideicommissarius lucratiuo titulo possideat, non est, cur ei clericus, cui onus officij cum beneficio est annexum, comparetur: ideò omnino soli marito iustissimè comparabitur, vt fructuum diuisio secundùm computationem *dict. l. diuortio*, fiat, quod in Hispania nostra consuetudine est receptum. Quòd si tenere velis opinionem eorum, qui distinguunt, sintne fructus collecti à beneficiato, vel non, ad instar vsufructuarij, tunc pro collectis habebuntur. si à prædone, qui spoliauit beneficiatum, fructus colligantur, secundùm *Speculator. tit. de actore, numero 64. versi. rector quoque, & Aegid. de Bellame. in cap. si quis iam translatus 21. quæst. 2.* facit doctrina *Bart. in l. si vrbana. num. 5. & Iason. numero 13. ff. de condictio. indebi.* sed prædicta opinio dubia est, si esset eiusdem rationis beneficiatus, ac vsufructuarius, vt in *l. si fur. ff. de vsufru.* vbi si fructus colligantur à fure, domino fundi, non vsufructuario condictio datur, neque facit doctrina Bart quia respicit priuilegium Ecclesiæ, non beneficiati, ideò magis facit contra beneficiatum, & si dicas in *dict. l. si fur.* dari domino actionem, sed in vsufructuarij vtilitatem cedere, id verum est, quia viuebat vsusfructuarius adhuc, si enim moreretur, vnquam fructus, qui non fuerint ab eo à solo separati hæredi eius debebuntur, vt in *l. si vsusfructuarius. ff. quib. mod. vsusfruct. amitta.* & ita illa lex est expressa contra doctrinam Speculator. quia quòd fructus per furem sint percepti sibi non prodest, vt ad eum pertinuisse videantur, contra Speculatorem cuius opinio solum potest venire in controuersiam, præsupposito quòd beneficiatus de fructibus à se collectis disponere possit, vel secundùm opinionem & distinctionem Hostiensis, vel ex consuetudine, nam tenendo opinionem Archidiaconi, nihil facit, fructus esse collectos à fure, cum etiam si ab ipso beneficiato essent percepti & reconditi, debeantur Ecclesiæ vel successori, si transferatur, vel moriatur, vt ex iam deductis in 3. parte circa opinionem Archidiaconi apparet. Vide etiam quæ dicta sunt supra in 2. parte c. 4. in fine. Notandum tamen est, quòd opinio Speculatoris vera erit si agatur contra furem, vel contra eum cuius impedimento fructus ab vsufructuario. argu. *l. in executione, in §. fi. ff. de verb. obliga.* alioquin dolus suus sibi prodesset. & pro hoc est text. *in l. 3. in §. fi. de vi, & vi. arma.* Quare habeat quod non esset habiturus possessor, si statim mihi possessionem restituissent?] inquit tex. in *l. ex diuerso in §. vbi autem, ff. de rei vendicatio.* vbi vero sunt consuetudines, tenendo opinionem nostram, cessat omnis difficultas. 14

Ex supradictis, maximè ex Sancti Thomæ doctrina, credo satis superque declaratum,

quid in singulis dictarum opinionum sit te-
nendum, nec opus est sigillatim respondere,
solum remanet authoritas Gratiani in contra-
rium, quam supra in 10. argnment. pro Archi-
diaco addncto retulimus, qnæ non debet esse
15 tanti, vt opinio Beat. Thom. & consnetudo tot
prouinciarum non sit pluris æstimanda. Nec
Concilium Tridentinum sessio. 25. in hac parte ali-
quid innouat, cùm magis debitum charitatis
respiciat, & officij sui clericos admoneat, quàm
16 aliquid specialiter in hac re statuat, sed in ge-
nere ostendat id, ad quod ex debito charitatis
Episcopi, & clerici sint obligati. Vnum super-
est, quod in hac re admoneamus (in quo cleri-
cis cum laicis est causa communis) vt si quis
harum quæstionum verè velit vitare labyrin-
thos, & vitium prodigalitatis & auaritiæ peni-
tus stirpare, quod Deo adiunante, difficilè non
erit, attentè consideret, quot miserorum ho-
minum laboribus diuitiæ, vectigalibus, censi-
bus indictis, & super indictis constet, & omnia
ea, quæ humano vsui sunt comparata: quot
agricolarum ærumna, quot pastorum calami-
tatibus, quot pauperum mulierum vigilijs, &
inedia, quę insomnes noctes, ac continuos dies
malè pastæ, & malè vestitæ transigunt; & quot
etiam homines vtriusque sexus fame, & nudi-
tate, carceribus, & infirmitatibus, & alijs huius
vitæ infortunijs circumdati, ex his, quæ ditibus
superfluunt, possint subleuari; si hæc inqnam
attentè considerentur, vno momento longo
tempore quæsita nullus temerè profunderet,
nec diu sepulta peius retineret, &, vt rectè a-
pud Platonem inquit Socrates, Non multis
legibus indigeremus propter disciplinam,]
nam vt antiquitus vsurpatum est, bonæ leges
ex malis moribus procreantur. educatio enim
& eruditio beatam rempublicam faciunt, vt
Plato 4. de republica probat. non enim senatus
consulta, aut plebiscita, inquit, Socrates in
Areopagitico, sed præclara instituta fœlicem
efficere ciuitatem: nam homines malè institu-
tos, leges etiam exqnisitissimas negligere au-
dere: qui autem rectè & constanter educati
sunt, eos etiam quibusnis legibus velle obtem-
17 perare. Quòd si eam disciplinam, quam anti-
qui Patres in Episcopis, & clericis exigunt, con-
templemur, non possumus non fateri, ab eo-
rum institutis tam longo interuallo dissiden-
tes, in maximo constitutos nos esse periculo.
Diuus Cyprianus pro quodam Victore non esse
orandum, neque oblationem pro eius dormi-
tióne fieri debere iudicauit, quòd tutorem
in testamento suo presbyterum nominauerat,
vt in *epist. 9. quam ad clerum Furnys. & plebem lib.*
1. scripsit, apparet, & habetur in *cap. fin. 88. dist.*
in conc. Carthag. 4. statutum est c. 17. Vt Episco-
pus gubernationem viduarum, pupillorum, &
peregrinorum non per seipsum, sed per Archi-
presbyterum aut Archidiaconum agat.] Et *in*
cap. 18. Vt Episcopus tuitionem testamento-
rum non suscipiat.] Et *in cap.* 19. Vt Episcopus
nullam rei familiaris curam ad se reuocet, sed
vt lectioni, & orationi, & verbi Dei prædica-
tioni tantummodo vacet.] Et habetur in *cap.*
Episcopus tuitionem cum duobus sequen. 88. *distinct.*
Et Dominus in Euangelio inueni, qui redire
ad sepeliendum patrem volebat, respondit
Sine mortuos sepelire mortuos suos.] Vnde
S. Ambrosius inquit, Cum religiosum humani
corporis sepeliendi acceperimus officium,
quomodo hic paterni quoque funeris sepultu-
ra prohibetur, nisi vt intelligas humana post-
habenda diuinis, bonum studium, sed maius
impedimentum: nam qui patitur studium de-
riuat affectum: qui diuidit curam, differt pro-
fectum, ergo priùs sunt habenda quæ maxi-
ma. Et *Chrysostom*. Iesus ergo prohibuit eum,
non iubens contemnere honorem, qui est ad
eos qui progennerunt: sed monstrans quo-
niam nihil cœlestibus negotijs magis necessa-
rium nobis esse oportet. & quoniam eum fa-
stidio vniuersorum his iungi oportet, & nec
parum tardare, etsi valde inuitabilia, & inci-
tantia fuerint quæ attrahũt: etenim multo me-
liùs est regnum diuulgare, & alios euellere à
morte, quam mortuum qui in nullo inde vti-
litatem habet, sepelire: & maximè cum fuerint
quæ hæc vniuersa complent. Nihil igitur aliud
hic discimus, quàm quoniam neque contin-
gens tempus perdere oportet, & si decem mil-
lia quæ prouocant fuerint, omnibus & maxi-
mè necessarijs ipsis spiritualia præponere.]
Huc vsque Chrysostom. Hæc charitatis opera
tempore illorum S. Patrum omnes Catholici,
etiam laici præstabant, ideò à presbyteris, &
Episcopis, qui maiorem perfectionem sequi
debent, ampliùs exigebatur. Vbi enim omnia
hæc? inquit *Bernard*. in libris cernimus eam,
non in viris optimus hodie est, qui non est ni-
mis malus?] Et ita hodie non solum in laicis,
verum & in Episcopis hæc desiderantur: sed
eorum munus præcipuum prædicationis est, &
orationis, ab illisque principaliter id exigitur.
Prædicationis autem verbum latius patet, nec 18
solus hoc munus implet, qui ex suggesto cócio-
natur, licet ea pars maximi facienda sit, atque
laudanda, neque enim tantum eo solo modo
præstari potest & debet: nam verbi Dei prædi-
catio, sicut & oratio in Episcopo debet esse cõ-
tinua moraliter, & ciuiliter intelligendo non
mathematicè, vt vir ille sanctissimus *F. Ludouic.*
de Granata ordi. S. Dominici in l. 3 de oratio. sermo. 3.
interpretatur, verbi inquam Dei prædicatio
non ad solam illam, quæ in suggesto fit, est re-
ferenda, sed ad eam, de qua *Paul. Apost. in Episto-*
lis, quas ad Timotheum. Episcopi munus, & offi-
cium præscribens, scripsit, inqnit enim, Attẽde
lectioni, exhortationi, doctrinę. & iterum, Prę-
dica verbum, insta opportunè, importunè, ar-
gue, obsecra, increpa in omni patientia &
doctrina.] Hæc est prædicatio, de qua Paul.
quæ semper præstari debet, secundùm tem-
poris & personarum indigentiam & prima-
tiam

tim & publicè, quia multi sanctissimi Episcopi verbum Dei prædicarunt, qui non passim concionabantur. Et licet diuus Augustinus, Ambrosius, & Gregorius sæpe id fecissent, non tamen potissima pars prædicationis verbi Dei in eis hæc fuit, quàm in concionando præstabant. Sic etiam à sanctissimo Domino nostro Pio continuò, non à suggesto, sed omnibus actionibus suis verbum Dei & prædicatur, & laudatur, sicut & ab alijs multis sanctissimis Pontificibus similiter factum esse intelligimus. Hoc dixisse volui, quia sicut *Hostiensis & alij in c. 1. de consanguini. & affini. & Felin. in cap. clerici. de iudi. Roman. consi. 333. num. 11. & Petrus de Baif. in tracta. de electio 3. part. c. 41. numer. 8. & Staphil. in tracta. de grat. expecta. §. videndum. nu. 3. vol. 4. tract. & Bon. Curt. tract. de nobil. 4. part. num. 49. & 50. vol. 5.* canonistis in Ecclesiasticis dignitatibus præferendos theologos non existimant, sed secundùm locorum indigentiam hos, vel illos promouendos: aptiores enim absque peccato omitti non possunt, vt optimè *S. Thomas quodlibeto 8. art. 6. & quodlibeto 6. art. 9.* latè *Episcopus Segobien. in regn. peccatum 2. parte, in §. 7. num. 4. vbi num. 6.* an sit obligatio restitutionis. & vide *Gofred. in summa de offic. sacrist.* ita non desunt, qui eos solos dignos Episcopali munere arbitrantur, qui illud concionandi munus possunt obire, prædictos vero, & cæteros alios eo munere excludendos. Sed hodie sacrum concilium Tridentinum has ambitiosas altercationes determinat, & illinit qui hoc munus antea profitebantur, facti Episcopi raro præstant alijs necessarijs operibus intenti, vt id concionandi opus per se ipsos non esse ita necessarium, vt prius quàm eis conferrentur Episcopatus, prædicabant, prorsus fateantur, & recantare palinodiam re ipsa ostendant: aliud enim, cum operi manus admoueas, res ipsa docet, quàm quod prius sæpe tecum fueris meditatus, & arena ipsa sæpe reijciendum ostendit, quod maximo vsui fore antea proludendo, arbitrabatis. Ideò stultior Moricho sit, vt est in prouerbio, qui in alieno choro saltat. nec mirum sit, si aliud soli contemplationi deditus arbitretur, aliud vero prudens Episcopus exequatur: quæ enim ex longinquo prospicias non eiusmodi sunt, vt apparent, nisi fueris *πόῤῥωθεν λεύσσων ἐγγύθεν δὲ πῶς τυφλός.* vt Sophocles inquit, sed meliùs alij, qui re ipsa hæc præstant, verbis docebunt. Nos huic opusculo (paucorum dierum fœtui) finem imponamus, in quo si quid est, quod publicam vtilitatem iuuare valeat, Deo Optimo Max. gratias agendas censeo: contra vero, si quid culpæ homini adeò occupato possit imputari, à lectore beneuolo spero fore condonandum, cuius æquissimo iudicio opiniones nostras iudicandas offerimus. Imprimis autem eas sanctiss. D. N. Pij Quinti Christi veri Vicarij, Petrique legitimi successoris, eiusque Catholicæ Romanæ Ecclesiæ Censuræ, & determinationi submittimus.

DEFENSIO LIBELLI DE REDDITIBVS ECCLESIASTICIS, AB IMPVGNATIONIBVS D. M. Nauarri.

AD S. D. N. GREGORIVM XIII. Pont. Max.

AVCTORE D. FRANCISCO SARMIENTO.

AD
S. DOM. N.
GREGORIVM
XIII. PONT. MAX.

F. Sarmientus perpetuam fœlicitatem.

NON possum, P. B. cum à sede sancta apostolica tot honoribus, & beneficijs fuerim semper affectus, laborum meorum annuos ei redditus non offerre. præsertim cum post sanctissimum Pium V. cui, quantum debeam, non vllis vnquam verbis commemorare possum: tu nunc Christi vicarius in eandem sedem Christianæ reipublicæ maximo à Deo collato beneficio, bonorum omnium consensu, & summa alacritate successeris: qui me quamdiu Romæ sum commoratus iuuare, fauere, & fouere numquam destitisti. Doleo tamen non parum, quòd is, quem B. V. nunc primum libellum offero, alterius libelli mei propugnationem, ac defensionem contineat: ideoque acrius quàm ingenij mei conditio, animique institutum fert, contendere opus fuerit: sed certè opinionem omni à veritate alienam, & quæ maximè ecclesiastici status securitatem labefactat, non potui non improbare, verissimamque à me constitutam iam non defendere, & falso in me illati criminis non purgare: quod apud te, P. B. libenter efficiam: nam licet tot Christiani orbis negotiorum moles sustineas, summaque prudentia, parique potestare gubernes: tamen quæ tua est pietas, atque benignitas, inter maximarum rerum occupariones, in re non leui, & controuersa illa quidem seruum tuum audire non dedignaberis. Faxit Deus Opt. Max. qui B. V. in summo iustitiæ throno sedere voluit, vt diu incolumis summa tua prudentia, summaque iustitia Ecclesiam suam fœliciter moderetis.

AD LECTOREM.

NVmquam existimaui, Lector optime, apologiæ vsum, qui apud bonos iuris interpretes nondum irrepserat, aduersum me, qui semper in animum induxi meum, neminem scriptis meis lædere, omnes laudare, locum inuenire posse: nam quod ab aliquorum opinione discedas, non debet, neque solet animorum dissidium parere. arguendi enim, & impugnandi cuiusuis scriptoris sententias, cuilibet fuit semper concessa potestas. huic legi Innocentius P. M. voluit esse subiectus, omnesque alij iuris nostri Coryphæi: neque quam Pythagoræ discipuli eius tribuebant, vsurpare auctoritatem aliquis ausus est, vt ipsum dixisse, satis esse, neque quale id esset, amplius quærendum fore, existimarent. Ego D. M. integritatem, excellentemq́ doctrinam semper colui, obseruaui, ac prædicaui quidem: verum à diuo Augustino didici, nemini præter canonicos libros, quamuis vitæ innocentia maxime ac doctrina polleat, maiorem adhibendam esse fidem, quam eius rationes potuerint persuadere; ideoq́ numquam committam, cùm in vtriusque iuris disciplina audiendo, docendo, legendo, relegendo, & iudicando in florentissima academia, & totius orbis celeberrimis tribunalibus, sine aliqua studiorum intermissione, laborauerim, ætatemq́ contriuerim, vt soli alicuius auctoritate succumbam, idq́ iure mihi posse vindicare videor, cum ab æquis, optimisq́ lectoribus nihil aliud velim exigere, quam vt potius ratio valeat, quam alicuius auctoritate præiudicata opinio. Vale.

PRIMA

PARS PRIMA DEFENSIONIS LIBELLI DE REDDITIBVS ECCLESIASTICIS, AB IMPVGNATIONIBVS D. DOCTORIS MARTINI NAVARRI.

SVMMARIVM.

1 *Clerici ad eleemosynas ex his, quæ sibi supersunt ex redditibus Ecclesiasticis, maximè tenentur.*
2 *In quo D. Martinus Nauar mihi falsò imponit.*
3 *Referuntur verba libelli mei, quæ ostendunt calumniam domini Martini.*
4 *Referuntur Domini Martini verba.*
5 *D. Martinus non citat locum, vbi me dixisse ostendat, quæ ipse falsò refert.*
6 *D. Martinus apponit priuilegia sua apologia, quæ minimè ad eam pertinent.*

IN primis itaque, vt totius ferè rei veritas ostendatur, illud repetendum erit, quod in fronte ipsius libelli, quẽ de redditibus Ecclesiasticis conscripsi, inscriptum est, & calce primæ partis apparet, quæstionem, de qua disserui, in eo constitui, an clerici, quæ ex redditibus Ecclesiasticis sibi supersunt, in vsus pios ex lege iustitiæ, quæ ad restitutionem obligat, an verò ex lege charitatis, quæ nulla restituendi necessitate astringit, teneantur impendere, quã strictissimè clericos ad eleemosynas teneri asserui: & quod in eodem libello dixi, redditus Ecclesiasticos, ex
1 beati Thomæ sententia, eiusdem rationis cum alijs censeri, id expresse declaro, quoad legem iustitiæ, vt restitutionis cesset obligatio: & ita interpretor *S. Thom. in dict. libello in 4. part. in cap. 5. nu. 9.* verba autem, quibus ibi vsus sum, libet repetere. nam Dom. Martinus N. pace sua dixerim, non vere refert, quæ nos diximus, sed
2 prius quidem nobis imponit, vt postea modo suo possit quod vult opponere, ideò obsignatis tabellis cum eo agi oportebit. Verba itaque
3 „ nostra sunt hæc: Ideuque verum erit, semper
„ de superfluis teneri quemlibet, sub peccati
„ mortalis reatu, facere eleemosynam: quod si
„ ad hoc omnes tenentur, etiam laici, clericos
„ multo magis teneri de bonis Ecclesiasticis certum est. considerare enim debent, quod si aliter dispensent, quamuis à præcepto iustitiæ liberi sint, intentionem tamen præcepti non obseruare: & quod sicut de mercede prostibuli „
oblationem fieri prohibitum est lege veteri, „
& noua, vt *Deuteron. 21. & 23. in cap. 1. 14. quæst. 5.* „
& in cap. oblationes, 90. distin. in lege veteri, propter immunditiam, in noua propter scandalum, vt dicit *S. Thom. 2. 2. quæst. 86. artic. 3. ad primum*, & propter sacrorum reuerentiam, vt „
ipse dicit *2. 2. quæst. 32. artic. 7. ad secundum*, licet „
glossæ alias rationes ponant. ita per contrarium, redditum bonorum Ecclesiasticorum, „
quæ Deo, & Ecclesiæ sunt oblata, vt in *cap. res* „
Ecclesiæ, & in cap. quæ Christi, 12. quæst. 2. dispensatio turpiter facta, maius crimen in se continet, „
quàm si in alijs rebus esset abusus. nam hæ res „
Ecclesiæ, licet non propriæ, tamen in quarto „
gradu sacræ habentur, ideò in eis committitur „
sacrilegium, vt per *S. Thom. 2. 2. quæst. 99. artic. 3.* „
& ideò ex natura rerum maius peccatum committitur in abusu redditũum Ecclesiasticorum, „
quàm aliarum rerum: nec contrarium sentit „
S. Thom. dict. quæst. 185. art. 7. in conclusi. dum vult, „
quod redditus Ecclesiastici ex ipsarum rerum „
conditione sint eiusdem rationis, cuius sunt „
propria, & patrimonialia bona, quia S. Thom. „
hoc determinat, quoad legem iustitiæ, non „
quoad debitum charitatis: quod in clericis, & „
in redditibus Ecclesiasticis longè magis existit, „
vt optimè probat *R. Frater Domin. de Soto, in dict.* „
lib. 10. de iust. & iur. q. 4. artic. 4. loquens de Episcopis. Et infrà dicit, Et si lege iustitiæ non magis Episcopi vinciantur quã diuites sæculares, „
tenentur tamen strictiori misericordiæ nexu. „
Et paulò inferiùs pono hęc verba. Et quod ipse „
Dominic. de Episcopis, idem de alijs clericis, „
qui redditibus Ecclesiasticis abundant, dicendum est. Hæc sunt quæ nos scripsimus. Quæ „
verò nobis imponit *D. Doctor Nauarr.* in multis
locis, ex verbis eius videamus. in *quæst. i. xxxviij.* 4
monit. pag. 144. ita inquit. Moneo, quod in præfato libello nostro ad prædictam quæstionem „
primam affirmatiuè respondemus id, quod „
communis opinio sequuta mentem Innocent. „
in *cap. indecorum, de ætat. & qualit.* affirmat, scilicet non solùm venialiter, sed etiam mortaliter „
peccare

peccare beneficiarium, qui vanè vel profanè beneficij sui redditus impendit. Circa quam conclusionem adeo præfatus N. & ego sumus contrarij: quod ille ait, beneficiarium adeò esse dominum sui beneficij redditunm, ac aliorum sui patrimonij: perinde quoque posse illos impendere in quoscumque volet vsus, ac alios sui patrimonij redditus: nec plus peccare in illis profanè, vaneve impendendis, quàm in istis: nec plusquam laici in impendendis suis sæcularibus redditibus. Ego verò sequutus communem opinionem, quam præ cæteris asseri: *Archidiaconus in cap. statutum, §. assessorem, colum penult. de rescript. lib. 6. & in princip.* 44. *distinct & in ca. Si Episcopus, 12. quæst.* 1. contrà aio, id adeo esse falsum, & contrarium Catholicæ (quæ sacrosancta Romana est) Ecclesiæ canonibus, quod nullatenus esset scribendum neque audiendum. Et iterum in numer. 5. inquit. Eadem nouitas adeò à communi totius populi Christiani sensu abhorret, vt rari sint ex his, qui ex animo sunt Christiani, & sacras, sacrorumque Doctorum scripturas legerunt, qui non ægrè ferant audire, quod tam liberè possunt Primates, Archiepiscopi, Episcopi, & alij quique beneficiarij de omnibus suis redditibus Ecclesiasticis in profanos vsus disponere, ac Reges, Reguli, Duces, Marchiones, Comites, & alij laici de suis sæcularibus. Et iterum, omissis alijs multis, in num. 8. pagin. 155. ita inquit. At hæc alia noua, (scilicet opinio) quæ habet, beneficiarium nihilo plus peccare, impendendo redditus Ecclesiasticos vanè, vel profanè, quam redditus sui patrimonij, quodque redditus Regum, Regulorum, Ducum, Marchionum, Comitum, & aliorum laicorum profani ex vna parte, & redditus Ecclesiastici, Papæ, Patriarcharum, Primatum, Archipræsulum, Præsulum, & aliorum beneficiariorum ex altera, sint in hoc pares, nihilque redditus Ecclesiastici differant in hoc à redditibus profanis patrimonialibus, tamquam omnino libera sit illorum, ac horum dispensatio: grauissimus profectò error est, quoad mores, & iustitiam, & quoad doctrinam hæresis, vel proximus ei. Et iterum in numer. 12. inquit. Vt iure quis miretur esse Catholicum aliquem, qui asserat, nullam esse hodie differentiam inter redditus bonorum Ecclesiasticorum, & redditus bonorum laicorum, quibus illa sine vllo expresso, vel tacito onere speciali, neque humana aliqua dispositione à Deo sunt concessa, & quod nihilo plus peccēt beneficiarij, vanè, vel profanè suos redditus Ecclesiasticos impendentes, quam laici suus. Et in moni. lxix. pa. 303. ita inquit, Inducere verò id quod eius opinio continet, videlicet quod ministri Ecclesiæ pro libito insumant eas in vsus profanos, cōtrarium est legi naturæ. Item in 2. quæst. vij. monit. nu. 9. pag. 458. ita inquit, Omnes alij, etiam qui negant necessitatem restituendi præter præfatum N. concedunt peccare mortaliter beneficiarios, qui vt præmittitur superflue, aut vane prædictos redditus impendunt.

Ex his intelligi potest, quàm iniuste D. M. N. homo alioquin pietate & eruditione insignis, & in ordine, & monasterio regulari professus, in me Apologiam conscripserit: qui eum semper amaui, colui, & obseruaui, & in libello meo de redditibus Ecclesiasticis honorificentissimè tractaui: sed adeò sui est oblitus in hac apologia, vt me, quem generis & eruditionis, & pietatis maximè extollit, post paucas paginas hæresis insimulet. neque poterit excusari, quòd verba nostra non satis considerauit, cum partem eorum referat in 2. quæst. in vij. monito, pag. 456. & in xxvij. monito, pag. 514. vbi ipse refert nos dicere, multo magis peccare clericos, quam laicos, si de his, quæ sibi supersunt, non largiantur eleemosynas indigentibus, & ex natura rerum maius peccatum committere in abusu redditunm Ecclesiasticorum, quam aliorum bonorum.

Qua in re illud animaduertendum erit, quod cum in alijs locis, quibus nos ille reprehendit, partem, & caput libelli nostri annotet, hac in re locum non citat, in quo nos illa, quæ ipse componit, dixisse reperiamur: & non solum de hoc, verum & de multis alijs, quæ numquam diximus, nos reprehendit, vt in progressu istius nostræ defensionis ostendemus: vt in hac 1. parte, circa monit. xxvij. item circa moni. xl. item circa moni. lxj. item circa moni. lxxj. Item circa monit. lxxiiij. Item in 2. part. circa monit. vij. & circa monit. ix. & circa monit. xj. & circa monit. xv. & circa monit. xvj. & circa monit. xxvij. Item in 3. parte circa monit. ij. Sed
mirandum non est, si D. M. ita aduersus nos
decipiatur, & falsus sit, & præ senio hæc non 5
videat, cum & priuilegia Regis nostri Catho-
lici, & Christianissimi Regis Franciæ, quæ ad 6
istam suam Apologiam non pertinent, neque
eam comprehendunt, vt ex verbis & data eorum apparet, in fonte eius apponat.

SVMMARIVM.

1. *Consuetudo vt clerici testentur, est in Hispania.*
2. *Dolo an culpa D. M. versetur, ipse videris.*
3. *D. Martinus authori imponit.*

ADeò autem omnibus aduersandi studio, & contradicendi desiderio flagrat *ἀνειμένον πχρῆμα πρεσβυτῶν γένος, δυσφύλακτον ὀξυθυμίας ὕπο*, inquit in *Androma. Euripid.* vt cum Illustrissimus & Reuerendissimus Episcopus Segobiens. cuius testimonio nullum potest esse præclarius, vel Catholici Regis nostri iudicio, qui eum in sui consilij supremi Præsidem elegit, in *cap. cum in officiis, de testamentis.* qui multis ante annis auditor in regia Cācellaria Granatensi fuit, & ego, qui per sex annos in Vallisoletana, & duodecim annis in supremo rotæ auditorio, eodē munere functus sum, asseruissemus,

1 semus, consuetudinem in Hispania esse, vt clerici testarentur, idque (vt doctores nostri dicunt) lippis, & tonsoribus sit notissimum: audeat tamen asserere, nullibi gentium esse eiusmodi consuetudinem, vt in quæst. 3. monit. ij. num. 2. pag. 530. & in quæst. 1. monit. iij. pagin. 14. & monit. L. pag. 232. & 233. & monit. LI. & LIII. pag. 237. & 241. Nam id quod semel dicit, millies repetit, ipse tamen sui immemor in eadem quæstione, in monit. iij. num. 6. pag. 551. & in libro suo de redditibus Ecclesiasticis in 3. q. in num. 16. pag. 230. citat verba legis Hispaniæ, facientis huius consuetudinis mentionem, & expresse iubentis obseruari hanc consuetudinem, quam clerici circa testamenti factionem obtinent. Verba legis in noua copilatione hæc sunt: *Por quanto en estos reynos ay costumbre muy antigua, que en los bienes que los clerigos de orden sacro dexaren al tiempo de su muerte, aunque sean adquiridos por razon de alguna yglesia, o yglesias, o beneficios, o rentas Ecclesiasticas, se succeda en ellos ex testamento y ab intestato, como en los otros bienes que los dichos clerigos tuuieren patrimoniales auidos por herencia, o donacion, o manda: mandamos que se guarde la dicha costumbre.* Minimè autem intelligere, quod omnes intelligant, culpæ latæ adscribitur: Dissoluta enim negligentia (inquit *Vlpianus*) prope dolum est.] in *l. si fideiussor. ff. mandat. & Paulus, in l. regula, in §. sed facti, de iur. & fact. ignor.* Quid enim (ait) si omnes in ciuitate sciant, quod ille solus ignorat.] Sed quod ipsemet intelligit non intelligere, vt reprehendat, culpa sit an dolus, ipse viderit.

Sed nec illud quidem quod ipse dicit in 1.
2 quæst. monit. L. pag. 228. in princ. me asseruisse referens, vbique terrarum talem vigere con-
3 suetudinem, me vsquam dixisse reperio: in Hispania enim obseruari quidem asserui, qui verò in Gallia eam quoque esse dicerent, eiusque mentionem facerent authores retuli. nam & doctores in *c. præsenti, de officio ordinarii, lib. 6.* dicunt, distinctionem Hostiensis seruari, quasi de generali consuetudine, vt infra circa L. monitum dicemus, & in LI. monito ostendemus has consuetudines notas fuisse Pontificibus: nec mirum est, reperiri has consuetudines, cum per summos Pontifices clericis omnibus Romæ commorantibus facultas liberè testandi, siue in diuites, siue in pauperes sæpissimè conceditur, vt ipsemet Dom. Martinus refert, Bullam Pij quarti anni millesimi quingentesimi sexagesimi, hoc continentem, quod si alias bullas, & facultates testandi Episcopis concessas, & militibus S. Petri & S. Pauli, & scriptoribus Apostolicis, & bullam Leonis quoad domos, & stabilia vrbis Romæ vidisset, non ita asseruisset, vt sæpissime affirmauit facultates testandi in pios vsus tantum esse interpretandas, verum ad singulas eius reprehensiones, eo ordine, quem ipse seruat, deueniamus.

SVMMARIVM.

1 *Repetendi cacoëthes D. Martini Nauarri.*

IN q. 1. in 1. monito R. D. M. Nauarrus transscribit ad literam sex columnas ex suo libro de redditibus Ecclesiasticis à prima pagina vsque ad 7. idque semper obseruat perpetuò in ista apologia, in qua ad literam transcribit totum illum librum, vt notabimus in huius apologiæ discursu: imò vt volumen cresceret, eandem rem repetit bis, & ter, & aliquando septies, vt infra ostendemus, vt hæc apologia potius αὐτολεξία dici possit: de eo verò quod his tractat, iterum agit in III. monito, ibi videbimus.

SVMMARIVM.

1 *An nomen redditus duplici d. sit scribendum, & infra, num. 4.*
2 *Iudicium temerarium D. Doctoris Martini Nauarri.*
3 *Nomen redditus vnde deriuetur.*
4 *Paulus Manutius duplici d. nomen redditus scribendum iudicauit.*

IN dicta quæst. 1. in 2. monit. pag. 8. D. Marti- 1
nus me reprehendit, dupliciter. Primo mentem meam iudicans, quod animo ei contradicendi verbum redditus duplici d. scripserim, non alia, scilicet de causa, quam quod ipsum vnico tantum d. scripsisse scirem: deinde quòd cum posteà in Tiraquellum incidissem, maluerim vt chalcographi in errore persisterent, quam ignorantia, vel incogitantia (hoc enim verbo ille vtitur) me fuisse lapsum, fateri. Secundo verò me longè opinione falli in eo ait, quod nomen redditus à verbo reddo deduci existimauerim, cum tamen à verbo redeo deriuetur, vt ex his, quæ ego allegaui probat:
verum quod ad mentem meam attinet, potuit 2
sane D. Mar. iudicium temerarium omittere, cum id præsertim non ea mente fecerim, sed quia ita multis rationibus ductus, scribendum esse existimarem. Primo, quod Nicolaus Perottus Siponti. Episcopus in hac eadem dictione
redditus hoc idem putat. Secundo quod à 3
verbo reddo, quod eandem habet significationem deriuatur, vt apparet ex Martiali, lib. 2. in illo venustissimo Epigrammate,

Quid mihi reddat ager, quæris Line, Nomentanus:
Hoc mihi reddit ager: te Line non video.

Varro insuper de *re rust. l. 3.* ita inquit, Vt sexaginta eo anno reddiderit ea pars villæ, bis tantum quantum tuus fundus reddit, & Plautus & Terentius, & alij in eam significationem vsurpant: nam apud Ciceronem, nec verbum reddo, nec nomen redditus in hac significatione reperitur: denique in eam veni sententiam, vt nomen redditus duplici d. scribendum censeam, quod Paulus Manutius vir doctissimus, & omnium Typographorum diligentissimus, & Orthographiæ obseruantissimus, ita scribit,

vt

vt apparet ex concilio Tridentino paruo, ab eo Romæ excuso anno millesimo, quingentesimo sexagesimo quarto, in sessio.xij. in c.11. de reformatione.pag. 214. post medium, & in 23. sessione, in cap.18.de reformat. pag. 235. & pag.236. in princip. in 1.linea, & in 5. pag. 237. circa fin. & in sessione 24. in cap. 13. in princip. pag.268.& pag.269. in medio, & in session.25. in cap.1.de reformat. pag. 304. in medio. His igitur de causis ita scribendum censeo, non autem vt D. Doctor Nauarrus existimat, vt sibi contradicerem, atque aduersarer, quem summo sum amore prosecutus, ac semper colui: quin etiam Romæ cum essem, sæpe illum, vt amicum inuisi, licet hoc ab auditoribus Rotæ maximè alienum sit, tribus vero ante diebus quam ab vrbe discederem, eum domi suæ conueni, consiliumque meę profectionis, ac reuersionis exposui, quod ille adeò laudauit, probauitque, vt nihil minus ego cogitare possem, quàm eum libelli mei editione offensum fuisse, adeò animus meus ab offensione erat alienus, nec certè maximè doleo, cum hanc apologiam, & alium quem priùs nescio aduersus quem, de finibus actuum humanorum composuerat edidisse, non tam mea profecto, quàm ipsius causa. nam quod ad me attinet, ita cæteris omnibus, licet ei nunquam satisfaciam, vt nihil sua apologia mihi nocere possit, sed rem ipsam prosequamur.

SVMMARIVM.

1 *Vtrum cap. vltimum. 16. q. 1. contineat verba D. Hieronymi, & infr.*
2 *Obsignatis tabellis cum D. Martino agi oportet.*
3 *Notatur ἀδολεσχία D. M. Nauar.*
4 *Apologia D. Martini 300. foliorum poterat in 30. contrahi.*

REuerend. D. Doctor Nauarr. in 3. monito pag.10. me reprehendit sub his verbis: III. moneo, quod N. (hac enim litera me semper notat) rhetoricè quidem, sed non rectè videtur me pungere circa primam annotationem primi moniti, quatenus ait, nullatenus esse credendum S. Thom. & tantam aliorum docto-
1 rum turbam, auctoritate Gratiani ductos, credidisse præfatum *cap. vltimum. 16. q. 1.* continere verba Hieronymi ad Damasum, si res ita non haberet, quod ait me significare, & cætera quæ omitto, in quibus in effectu D. Martinus dicit me eum pungere, ex eo quod ex duabus opinionibus ab eo alternatiuè propositis, vltimam probauerim, quam eum probasse verisimile est, iuxta vulgatissimam gloss. in *l. qui filium, in § .Sabinus, ff. ad Trebell.* cui est similis in *l. ea lege, C. de condict. caus. dat.* facit text. vbi *Bald.* notat *in l. si mater, C. ne de stat. defunct.* latè *Hippol. in singul. 631. & 660.* quod si nunc mutat sententiam, vel declarat, tunc primam veriorem putasse, de se conqueratur, & se, non me reprehendat: quod si ex eo reprehendit, quod non vtramque teneuerim opinionem, quod innuere videtur, dum dicit. Tum quia verisimilis etiam est pars prior præfatæ alternatiuæ peius errat, cũ duas opiniones contrarias nulli, qui sanæ mentis sit, sequi contigerit possumus dicere, vt aliàs inquit *Cicero*, Cũ eius opiniones tam variæ sint, tamque inter se dissidentes: alterum fieri profecto potest, vt earum nulla, alterum certè nõ potest, vt plus vna vera sit. Sed videamus verba mea in dicto libello de redditib. Ecclesiast.
in 3.part. in cap. 1. num. 2. pagin. 109. vt omnes 2
videant, vel potius rideant in quo doleat se pungi D. Nauar. verba nostra sunt hæc, Aduertendum etiam est, circa dictum caput, quoniã quicquid id, quod (vt solet) diligentius considerat R. P. D. Martinus Nauar. in dict. suo tractatu, licet illud decretum à Gratiano tribuatur Diuo Hieronymo in epist. ad Damasum: tamen in exemplaribus, quæ nunc habemus, ea epistola non reperitur, & tamen non solum à Gratiano, verum à D. Thoma, & Innocent. dicta epistola allegatur: ideò existimat D. Martinus, vel Gratiani auctoritate, tantos patres cum alia Doctorum turba fuisse deceptos, vel aliquam epistolam maximi ponderis deesse in epistolis, quæ nunc extant Diui Hieronymi, quod vltimum ego verissimum existimo. Doleo, certè me necessario adduci (quia sensus, & verba mea à D. Doctore Nauarr. non fideliter referuntur) vt in illud vitium incidam, quod solum in libris D. Naua. est maximè reprehendendum: in quolibet enim libro ea dicit, quæ in singulis, & eisdem verbis, imò eadem in eodem libro sæpissimè repetit, vt quilibet ex eo-
rum lectione intelliget, & infrà annotabimus: 3
nam in hoc bis, & ter repetit omnia quæ dixerat in libello de redditib. Ecclesiast. immo & quæ in alijs libris. nam illud S. Mariæ del Paular pietate forsan eisdem verbis millies repetit, & S. Crucis Coimbricẽsis. nam bonos sapè lapidari pium est: sed ita factum est, vt eius liber apologeticus, qui triginta folijs contrahi poterat (non enim errata nostra si qua forent, tot paginas exigebant) vltra trecenta extendatur, & verè vsurpetur nihil dictum quod non sit dictum prius.

In III. monito D. M. N. tractat de consuetudine testandi clericorum, de qua supra tractatum est in cap. 2. quod septies repetit, vt patet in locis per eum hic allegatis.

In v. monito quod incipit v. Moneo, quod non desunt, qui suspicentur eundem N. rhetoricè quidem, sed parum candidè, &c. fingit D. Martin. in me aliorum calumniam, vt se laudet: frigida & leuis est hęc reprehensio, & ipsemet postquam se laudat, inceptatam, vt vanam depellit calumniam.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus narrat titulos suos.*
2 *Ponit stemmata sua nobilitatis.*
3 *Nobilitas per ingressum religionis amittitur.*
4 *An discipulus possit esse maior suo magistro: & de Emanuele Acosta.*

5 De

5 *De magna eruditione D. Martini.*
6 *Quod D. Nauarrus laudat authorem, maximè quem post paucas paginas insimulat hæresis, et imponendo, quæ in toto eius libro non continentur.*

1 IN sexto monito quod eodem modo exor-
ditur, duabus de causis de me queritur: pri-
mo, quod in libello meo titulos meos appo-
suerim, suos omiserim, quam expostulationem
ego fateor, vt sum ignorans, & rudis ingenij,
vel quid à me exigat, non intelligo. nam librũ
meum, non suum inscribebam, & titulos eos
solos, qui ad rem literariam pertinent, & appo-
ni solent, securè nihil aliud cogitans apposui,
sicut & ipse suos in suo libello de redditib. Ec-
clesiast. & alijs libris.

2 In eodem monito D. Martin. ponit stem-
mata nobilitatis suæ, sed hæc nihil ad apolo-
giam, potius pertinent ad historiam suam, licet
per religionis ingressum generis nobilitas a-
mittatur secundum receptiorem opinionem,
3 vt latiùs per *Tiraquell. in tractat. de nobilit. in c. 26.*
in princip. ea enim est nobilitas huius sæculi, cui
vt Deo viuat renunciat religiosus: nec obstat
quod *idem Tiraquell. ibid. numer. 5.* refert ex Ro-
mano fuisse determinatum in Rota, non esse
subreptitiam monachi impetrationem, quod
se nobilem narrasset, quia id optimè fuit de-
cisum. nec obstat supradictis, quia cum esset
narratum Papæ, monachum nobilem, intelle-
xit secundum ius Papa de nobilitate ante Mo-
nachatum, & ita fit interpretatio nobilis, mo-
nachus, scilicet quondam. facit textus elegans
in *l. insula, in fin. ff. de acquir. rer. domin.* ibi, desijsse
insulam esse,] sed quo facilius res intelligere-
tur, etiam agrum, qui insula fuerat, insulam ap-
pellar, & notatur in *l. precibus, C. de impuber.* & a-
lijs, neque potuit circumueniri Pontifex, cum
narrando se nobilem, & monachum, id magis
ius respiceret quàm factum, vt in *c. 1. de constit.*
4 *lib. 6.* Deinde verò maximè D. M. Naua. dolet,
quod ipsi ego prætulerim Acostam, quem au-
ditorem suum anno millesimo quingentesimo
trigesimonono fuisse dicit: quasi arguere velit,
non posse esse discipulum supra magistrum, vt
c. sacerdotes, 6. q. 1. ego inter Acostam & D. Mar-
tin. non feci aliquam comparationem, sed ego
de Acosta dixi, quod esset sui temporis iuris-
consultorum facilè princeps, & si iurisconsul-
tos, vt vulgo fit, illos accipimus, qui ius ciuile
maximè profitentur, non iustè D. Nauar. que-
ritur, quia cũ sit sacerdos, & religiosus, melius
5 fecit semper in titulis de pœnitentia, & conse-
cratione, & in libro Decretorum, quam in iure
ciuili versando. nec dictum argumentũ obstat,
quia leuissimũ est, alioquin D. Tho. non posset
esse doctior suo magistro, & iam multis ante
annis artes & disciplinæ ad nihilum essent re-
dactæ. sed quia omnis cõparatio inter doctos
odiosa esse solet, hæc missa faciamus, idemque
ius sit Caij, quod Titij,] certè scripta Acostæ,
quem nec de facie noui, mihi valde placent, li-
cet aliquas eius opiniones in meis Selectis in-
terpretationibus reprobauerim, quia magis a-
mica veritas, quæ etiam me compulit, ab opi-
nione D. Nauarri discedere, & quæ supra dixi,
scribere, nulla æmulationis aut contentionis
causa: quia eius virtutem, ac doctrinam semper
colui, & laudaui quidem non parum, licet ab
eius sententia discesserim: neque soli sumus,
qui hanc opinionem defendimus, licet nos so-
los, vt aduersarios tractet. nam intelligo om-
nes fratres Dominicanos, quotquot inter do-
ctos habentur, & multos ordinis S. Francisci
esse huius opinionis, eiusdemque Romę erant
piæ Societatis Iesu omnes religiosi, & *Abulens.*
super Matth. 2. tom. fol. 29. & 30. Hanc tenuit opi-
nionem ita intelligens S. Thomam.

In eodem monito D. Martin. Nauarrus me 6
maximè laudando, seruaturum se amicitiam
nostram pollicetur, nec enim diuersas sequi
sententias debet dissidium parere, sed nõ post
multas paginas me hæreseos insimulat. refe-
ram ipsius verba in hoc, Quamuis enim potio- „
ribus inquam meis me uidet externis, postpo- „
natque meis discipulis, vestitu me tamen inter- „
nis, longè profectò potioribus, quam mea nu- „
ditas meretur, ob quod gratias plurimas ei ago „
seruaturus illam, quæ ante triginta annos inter „
nos Salmanticæ, inita fuit, amicitiam, eumque „
pro eius egregia pietate, & eruditione, pro cla- „
rissimo sui generis cognomento, & munere „
cui præest, debita reuerentia ex animo venera- „
bor, salua in omnibus doctrinæ veritate, quæ „
inuicta semper, & victrix perseueret, amen. „

SVMMARIVM.

1 *Consilia euangelica quando sint seruanda.*
2 *In claris non est opus coniecturis.*

IN VII. monito D. Martinus me reprehendit,
quod bis asseruerim omnes Christianos te-
neri ad consilia euangelica obseruanda men-
taliter, licet non re ipsa, nisi ea necessitas in-
gruerit, vt animæ salus periclitetur, cum tamẽ,
vt ipse inquit, falsum sit, cum seruare legem
mentaliter sit velle facere, quod illa dictat, nec
tenetur quis plus ad volendum, quam ad fa-
ciendum, & sicut non tenetur quis cælibem,
vel pauperem vitam agere, vel ingredi religio-
nem, ita nec tenetur hæc velle. hæc est summa
reprehẽsionis R. D. Naua. sed hæc reprehensio
vt ipsemet concedere videtur, leuis est. nam
mentaliter interpretatus sum, pro mentis præ- 1
paratione: dixi enim, Quilibet fidelis ea mẽte, „
& proposito esse debet, vt si necessarium sit, „
pro Dei amore, & animæ suæ salute patrem, & „
matrem, vxorem, & liberos, bona, honorem, „
vitamque contemnat, &c. Et infra. Et ita quan- „
tum ad animi præparationem, consilia ab om- „
ni fideli sunt seruanda: ex quibus verbis appa- „
ret, quid intellexerim sub verbo mentaliter,
quod cum barbarum sit, quare isto modo capi
non possit? cum non appareat aliquem proba-
tum authorem alio modo id vsurpasse, ego nõ
video: melius nos reprehendisset D. Doctor

Franc. Sarmient.

simplicitet, quod eo verbo vsi sumus, quinimò *beata Catharina Senensis in dialogis diuina prouidentia, cap.* 47. ita inquit, sub persona Dei, *Nisuno po obseruare li commandamenti mei, che non obserui li consigli, non actualmente, ma mentalmente.* sed ad alia transeamus, quia cum satis constet, qua significatione illud verbum assumpserimus, in claris non est opus contentione, vanum enim
2 est inquir D. Thomas, de nominibus contendere, vbi constat de rebus.

SVMMARIVM.

1 *De intellectu extrauagantis, Cum inter nonnullos, de verbor. signific.*

1 IN viii. monito, quod etiam repetitur in xv. monito, pagin. 45. D. Mattinus Nauarrus me reprehendit, quod asseruerim dicere Apostolos non habuisse dominium in speciali, & particulari, contrarium esse *extrauaganti, Cum inter nonnullos. Io. 22. tit. de verbor. signific.* quia inquir, quod per eum non damnatur dicens, Apostolos non habuisse dominium in particulari, sed dicens, quod Christus, & Apostoli non habuerunt dominium in particulari, neque in communi, quod non est contrarium. hæc sunt verba D. Nauarri, in cuius reprehensione ratio, nisi alia mens eius fuit, ea est, quod omiserim dicere, neque in communi, sed id verum non est, quia verba mea ita se habent, Io. 22. apertissimis verbis determinat esse hæreticam opinionem affirmare Redemptorem nostrum, ac Dominum Iesum Christum, eiusque Apostolos in speciali non habuisse aliqua, neque in communi. quæ sunt ea ipsa verba, quæ ponit extrauagans, vt intelligere certè non possim, quid ille in me reprehendat, cum verbis, quibus extrauagans ponit quæstionem, locutus fuerim. eius enim verba hæc sunt, Cum inter nonnullos viros scholasticos sæpè contingat in dubium reuocari, vtrum pertinaciter affirmare, Redemptorem nostrum, ac Dominum Iesum Christum, eiusque Apostolos in speciali non habuisse aliqua, neque in communi, etiam hæreticum sit censendum, diuersa, & aduersa etiam sentientibus, circa illud nos, &c.

SVMMARIVM.

1 *Paupertas an pertineat ad statum perfectionis, & infra, num. 4.*

2 *Alius est status perfectorum, alius perficientium, & num. 4.*

3 *Apostoli vouerunt ea, quæ pertinent ad statum perficientium.*

1 IN ix. monito D. M. N. nos reprehendit, quod asseruimus etiam præsupposita doctrina *S. Thom. 2. 2. q. 84. artic. 4.* scilicet quod Apostoli vouerunt omnia, quæ ad statum perfectionis pertinent, non inferri eos vouisse paupertatem: quod reprehendit D. Martinus, quia dicit, quòd paupertas est necessaria ad statum perfectionis, sed ad hoc ipsemet sibi respondet, licet replieet posteà, quod status perfectionis perficientium, vt est Episcoporum, non exigit paupertatem, sed status perficiendorũ:
& licet dicat Apostolos non fuisse effectos sta- 2
tim cum sequuti sunt Dominum, & reliquerunt omnia, Episcopos, neque Presbyteros, tamen responsio est clara, quia cum finis electionis eorum fuerit, vt essent doctores, & prædicatores euangelij, & Episcopi, & paruo tempore deberent esse discipuli, vt vix triennium id durauerit, credendum est potius, vouisse ea, quæ pertinebant ad statum duraturum perpetuò, & ad finem vsque, quam ea, quæ pertine-
bant ad statum paruo tempore duraturum: 3
maximè, quia quo tempore Apostoli fecerunt votum, nobis non apparet.

Præterea vt ex D. Chrysostomo respondet *Domin. de Soto in lib. 10. de iustit. & iur. q. 4. artic. 1.* præceptum illis factum, Nolite possidere, &c.] temporale fuit, vt inhibitio illa intelligatur peculiariter facta discipulis, dum ad prædicandum Iudæis mittebantur: tum vt populus ille facilius alliceretur, tum etiam vt ipsi maiorem haberent fiduciam, quòd diuina subsidia non essent eis defectura, quod etiam voluit *sanctus Thomas in suis opuscul. opuscul. 18. cap. 18. in fin.* cum ergo fuerit temporale præceptum, apparet eos tunc non vouisse paupertatem.

Præterea ex dicta authoritate alio modo apparet, eo tempore eosdem non vouisse paupertatem: superfluum enim esset præceptum, si vouissent, & potius admonerentur voti, quàm de nouo præciperetur: item nónne Paulus Apostolus eorum, quæ sibi manus ministrabant dominus erat? an diuersum ius inter Paulum, & reliquos Apostolos constituemus? item cum Pettus Apostolus post passionem D. N. Iesu Christi rediit ad piscatoris officium, an dicemus pisees ab eo captos nõ fuisse suos?

Item vt dicit *idem R. Dominic. de Soto, vbi supr.* cuius verba hæc sunt, Negatur propositio illa, quod ad naturam perfectionis, aut ad perfectionis statum generaliter, & absolutè necessaria sit paupertas, sed tantum est necessaria, ad peculiarem perfectionis statum religiosorum: quod enim ad perfectionem non sit necessaria, iam supra libr. 8. satis constitutum est, vbi monstrauimus perfectionis rationem in copia charitatis consistere, ad quam quisque quocũque statu progredi potest: ad statum autem re-
ligiosorum ob id est paupertas necessaria, 4
quod profitentur perfici, hoc est, perfectioné discere, & comparare, cui quidem instituto, rerum possessio oneri est, & impedimento. Episcopi autem non profitentur perfici, sed perficere, quocirca eas debent in charitate radices iecisse, vt à nullo vento possint inde eradicari, nempe neq; ab amore diuitiarum quas possident, nec ab alio quouis humano affectu. Hæc ille, ex quibus satis comprobatur nostra opinio, vt potius reprehendi, quam reprehendere D. Mart. Nauar. possit.

SVM-

SVMMARIVM.

1 *De intellectu extrauagantis Ioan.22. & quod Apostoli non fecerunt votum paupertatis.*

IN x. monito D. Martinus me reprehendit. nam me inferre ait, Apostolos non emisisse votum paupertatis, quod eis multa fuerant donata, & ab eis distributa pauperibus: sed ego non istam feci illationem, sed per contrarium; cum eos non fecisse votum speciale paupertatis asseruerim, dixi dominium eorum, quæ sibi offerebantur acquirere: ipse tamen eis solum ius administrandi concedit, quod per extraua-
1 gantem Io. 22. est reprobatum, vt infrà ostendemus: quæ extrauagans etiam probat Apostolos, non emisisse votum paupertatis, cum eos Hæreticos iudicet, qui Christum, & Apostolos negent in particulari, vel in communi, rerum dominium habuisse, cum ex serie ipsius extrauagantis appareat, non esse necessarium, vt vtrumque concurrat, sed quælibet pars sufficiat, vt qui alterum eorum asseruerit, hæreticus sit censendus, sicut & inter Christum, & Apostolos posita coniunctio, separatim est intelligenda, vt patet ad sensum, & faciunt quæ not. *Bartol. in l. si is, qui ducenta, in §. vtrum, in nu. 5. circa fin. ff. de reb. dub. & in l. 1. ff. de iustit. & iur. & Deci. consil. 333.* sed *Aluarus de Pelagio*, quem D. M. Nauar. sequitur, nec in communi habuisse dominium Apostolos affirmat, *in lib. 2. cap. 63.*

SVMMARIVM.

1 *Iterum de voto paupertatis circa Apostolos.*
2 *Differentia verbalis dominij, & administrationis in hac materia.*
3 *Melior videtur opinio D. Martini, quàm Soti, in quam prius inclinauerat D. Franciscus.*
4 *Regularis an habeat eandem potestatem in dispenendo de beneficiorum fructibus beneficiorum regularium, quam secularis secularium.*
5 *Regulares facilius à beneficiis possunt remoueri, quàm seculares.*
6 *Opinio Cardinalis, quam sæpissimè D. Martinus commendat, reprobatur.*

IN xi. monito D. Martinus nos reprehendit, quod nos dixisse ait *in dict. cap. 1. num. 6.* Apostolos, etiam si paupertatem vouissent, cum adhuc essent discipuli, antequam fierent magistri, & Episcopi, simul ac euaserunt magistri & episcopi absolutos fuisse: ex quo ipse infert, sequi à voto paupertatis hodie illos monachos, qui fiunt Episcopi, esse absolutos: quæ duo ambo esse neganda & perneganda asserit, sed notandum est, quod cum ego asseruissem, prius non vouisse Apostolos, & præceptum illud de non possidendo auro, vel argento esset temporale. nam dixi, Siue paupertatem sequerentur ex dicto Christi præcepto, siue ex propria voluntate, quando missi sunt ad prædicandum Iudæis, tamen postquam à Christo Domino nostro potestas ligandi atque soluendi est concessa, & ex discipulis magistri sunt constituti, & pascendi gregem cura est eis commissa, tunc eis dominio bonorum non fuisse interdictum. & quod postea dixi sub his verbis, Licet quando discipuli sub magistro Christo erant, aliquando eorum voluntate, aliquando præcepto paupertatem profitebantur, hac tamen obligatione facti magistri, fuerunt liberati; magis probat nostram interpretationem, cum dicto aliquando ostendat, nos non loqui de voto paupertatis emisso, quod perpetuum est, non temporale, & verbum profitebantur, cum ad præceptum etiam referatur, non potest de professione intelligi simili illi, quam monachi emittunt, quinimo, sub correctione sanctæ matris Ecclesiæ, existimo nullum votum expresse Apostolos emisisse, quia non legitur hoc in scriptura sacra: sequutos tamen consilia euangelica, quia perfectissimi erant, &
quia consilia necessaria sunt, quando pro gloria Dei opus est illa obseruare, quod Apostolis semper fere contingebat, & licet D. Martinus Nauarrus in sequenti monito num. 2. allegat *Diuum Augustinum de ciuitate Dei lib. 7. cap. 10.* dicentem vouisse Apostolos paupertatem, vt eum allegauit *Aluar. de Pelag.* tamen ibi nihil dicit, & licet videatur hoc dicere *lib. 17. in cap. 4.* non tamen de voto formali, sed de proposito firmo. nam verbum hoc variè sumitur. Horatius enim (*hoc erat in votis*) inquit, & quod postea dixi, quod etiam si expresse Apostoli vouissent, essent tamen liberati, facti magistri; adieci quatenus officio pontificali repugnaret, quod esset si dominium bonorum non haberent, vt pauperibus subuenirent, & egentibus: & adieci, vt sint tanquam dispensatores. Hæc sunt quæ ego dixi. nam quæ inter D. Na- 2
uarrum, & me est differentia, sit dominium, an administratio, verbalis est, cum magis adstrictum regulis sit, quod nos vocamus dominium, quàm quod alij vocant administrationem, vt videmus in pupillo & tutore, quorum alter habet dominium, alter administrationem, sed hic actu magis dominus est. facit text. in *l. qui fundum, in §. si tutor, ff. de vsucapion. pro emptore, & in l. interdum, in §. qui tutelam, ff. de furt. & Paul. ad Galat. cap. 4.* Quamdiu hæres puer est, nihil differt à seruo, cum sit dominus omnium. de quo infrà latiùs suo loco disseremus. Denique quod in monachis factis Episcopis mutetur votum paupertatis, vt decimarum portione reliquisque Episcopalibus bonis ita possit vti, vt sæcularis Episcopus, vult *R. Dominicus de Soto in dict. lib. 10. de iustit. quæst. 5. in articul. 7.* quod textus in *cap. statutum, 18. quæstion. 1.* dicat, quod ipsum à iugo regulæ monasticæ religionis absoluit: in cuius opinionem ego inclinaui, sed verè nunc potius in opi-
nionem R. Domini Nauarr. inclino, nullius 3
addictus iurare in verba magistri. nam quæ mihi veriora in opinionibus Domini Nauarri.

videbuntur, pedibus, manibusque sequar, licet videatur maximè obstare id, quod ipse D. Martinus Nauar. tanquam regularis sæpissimè refert. nam in monito præcedenti, & infra monit. 80. pag. 366. & monit. 81. pag. 377. & in libro de redditibus Ecclesiasticis q. 1. num. 88. refert, & commendat dictum **Cardin.** *in clem. 2. de vita & honest. cleric. in versic. sed & talis, in pri. notabili,* qui dicit clericum regularem tam latè posse disponere de fructibus sui beneficij regularis, quàm clericus sæcularis de fructibus sui sæcularis beneficij: licet non ita Cardin. dicat, sed solum dicit nihil allegando. Nota, quod clerici sæculares, & religiosi habentes administrationes æquiparantur, quoad dispensandi potestatem. hæc Cardin. Et ita idem videtur esse si eis conferantur sæcularia beneficia, vt sunt Episcopatus. quare ergo monachus Episcopus non vtetur eodem modo fructibus Episcopatus, sicut sæcularis Episcopus? Sed quia hæc opinio Cardin. licet ipse D. Martin. dicat, quod nemo ei contradicit, falsa est, nec vidi aliquem eum approbantem. nam Imol. & Anchar. hæc non tangunt, quia ille tex. ex quo id notat Cardin. nihil probat: & regularis id, quod sibi superest, & pauperibus, si eis non distribuit, quærit suo monasterio. patet, quia *Abb. in cap. cum ad monasterium, 2. colum. num. 8. de st. monacho.* loquens de habente administrationem, vult, vt sit dimittere paratus quicquid possidet ad libitum sui superioris, sicut existēs in studio, & *Abb. Panorm. in cap. monachi, final. col. num. 11. de stat. monacho.* probat contrarium eius
5 quod dicit Cardin. dicens, quod religiosi non habent ita latum ius in eorum beneficijs, quantum sæculares in suis: ideò isti non possunt remoueri sine graui causa, illi verò possunt à suo superiori. allegat nota. *in cap. per tuas, de simo.* vbi textus in fine sentit facilius remoueri regulares, quam sæculares prælatos: & *idem Abb. in cap. quod Dei timorem, de stat. monach. 3. art. num. 9.* dicit quod si regularis promoueatur ad Ecclesiam subiectam monasterio, potest ad libitum reuocari, & *Cardi. in dict. cap. monachi.* nec suffragatur confirmatio à sede apostolica obtenta, vt in *cap. ad nostram,* quod loquitur de canonicis regularibus, & *cap. porrecta.* quod de omnibus religiosis, de confirma. vtili vel inutili, & *idem Abb. in cap. cum ad monasterium, 2. colum. num. 11.* qui ampliat, dicendo, idem esse, etiamsi sibi fuerit datus prioratus ad vitam, quia poterit ad libitum reuocari: ita dicit numer. 11. & differentiam inter clericos sæculares, & regu-
6 lares constituit in terminis expresse *rota, in antiquis, in titulo de solution. in fin.* vbi quoad disponendum constituit differentiam inter eos. nam sæculares constituit vsusfructuarios, regulares verò administratores tantum, at, vsusfructus pars dominij est, & ita opinio Cardin. est falsa.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus non viderat Aluarum de Pelagio, neque Petrum de Soto, donec fuerunt à nobis citati.*
2 *Extrauagans Ad conditorem decidit quæstionem Pelagij, contra D. M. Nauarrum.*
3 *Vtrum sit dominium idem quod vsus in rebus, quæ vsu consumuntur.*
4 *Votum non excludit dominium, quod ex lege naturæ est necessarium.*

IN XII. monito D. M. nos reprehendit quod diximus vanam esse illam quæstionem, an vestes, quibus Petrus induebatur essent Petri, & panes quo vescuntur fratres S. Francisci sint sui, contra Aluar. de Pelagio, quem ipse dicit esse solidæ doctrinæ: circa quem notandum
est, quod cum Aluar. de Pelagio tenuerit opi- 1
nionem D. Doctoris Nauarri, eamque late defenderit, numquam tamen in toto suo libro eum allegauit, sed postquam vidit eum in nostro libello allegatum, eum extollit, & in cœlum euehit, & semper in eo versatur, idéque in Petro de Soto ei accidit, quem nunquam allegauit, nisi postquam per nos vidit allegatum. Secundo, notandū est, quod cū hæc quæstio sit per extrauagantem decisa in fauorem nostrū,
non est quare vocetur in controuersiam: nam 2
Ioan. 22. in extrauaganti ad conditorem. manifestè ostendit ius harum rerum, quæ vsu consumūtur, non verò solum vsum facti esse apud fratres minores, dum dicit, quia nec actus ipsi vtendi sine iure aliquo potest iuribus consumptibilibus constitui, vel haberi. & infrà, Ipsum vel etiam iure tali absque iure vtendi separato à dominio, vel coniuncto, neque ab aliquo potest constitui, nec à quoquam haberi, & vt ipse Io. 22. arguit, si haberent vsum sine iure vtendi, esset eorum vsus iniustus, prætetea sunt infinitæ leges, quibus probatur impossibile esse vsum in his rebus separari à dominio. in *l. si vini, & olei ff. de vsufruct. earum rerum quæ vsu consumun.* & **Caius** probat id naturali necessitate contingere. in *l. 2. § nec naturalis, eod. tit.* & multæ aliæ leges, quas in nostro libello allegabi-
mus, & *S. Thomas* expresse 2. 2. *quæst. 78. artic. 1.* 3
in conclusio. ita inquit, loquendo de his rebus, Vnde in talibus non debet seorsum computari vsus rei, ab ipsa re, sed cuicumque conceditur vsus, ex hoc ipso conceditur res, & per hoc in talibus per mutuum transfertur dominium. hæc S. Thomas, quinimmo hac ratione fur, & iniustus possessor ipsa harum rerum consumptione dominus efficitur, fieri enim non potest, vt apud alium, quam apud consumentem sit dominium, ideò consumptione reconciliatur mutuum, quia incipit fieri tuum. vt in *l. nam etsi fur, ff. si cert. pet.* cum alijs in nostro libello allegatis, item ratio illa, quam nos ibidem posuimus concludit, cui, sicut neque alijs D. Doctor non respondet, scilicet votum paupertatis
omne dominium respuere, quod lege positiua 4
potest induci, dominium autem quod lege naturæ est necessarium, nullo voto excludi, ratio est manifesta: quia nemo ad impossibile obli-

gatipoteſt, neque aliqua ratione effici, vt quis obligetur, vt à fame, & frigore, & alijs naturæ hoſtibus non ſe defendat, quod eſſet, ſi rebus ad id neceſſariis vti non poſſet, in quo vſu dominium neceſſario ineſt, & ne omnia repetamus, in dicto libello hoc multis rationibus oſtendimus, & Io. 22. quibus, nec ipſi Ioanni D. Martinus verbum vllum reſpondit, ex quibus conſtat etiam veram eſſe concluſionem, quod per promotionem ad Epiſcopatum monachus efficeretur veſtium quibus indueretur poſtea dominus, cum ad dignitatem Epiſcopalem pertineat, non eſſe epiſcopum nudum: quia vt ibi ex S. Thom. diximus, quatenus votum monachale impediret officium pontificale, eſt ſublatum per aſſumptionem monachi ad Epiſcopatum, quinimmo neminem ſine veſtimentis viuere poſſe putat *Oſſilius in l. quos nos. in verb. ſi. ff. de verb ſign.* Sed quia hæc, vt dixi, in dicta extrauaganti ſunt determinata, cui D. Doctor M. Nauarrus non reſpondet, non erit opus amplius inſiſtere.

S V M M A R I V M.

1 *Differentia verbalis inter dominium & adminiſtrationem in hac materia.*

IN XIII. monito D. M. N. nos reprehendit, quod diximus eſſe vtile & neceſſarium ijs, quibus cura gregis commiſſa eſt habere rerum dominium, & hac ratione Epiſcopos & clericos poſſidere opes iuſte, contra hæreticos illas adiurantes, quia dicit ſufficere adminiſtrationem ſine dominio, ſed vt ſæpe diximus, inter nos hoc intereſt, quod ipſe vult dominium bonorum Eccleſiaſticorum eſſe apud Deum, ego vero id concedens, dico id non efficere, quin alius etiam dominus eſſe poſſit, quia domini omnia ſunt, vt infrà dicemus. Secundo, ipſe arguit de monachis Epiſcopis, quos dicit non poſſe habere dominium: ſed ego expreſſe eos excipio, dicendo, niſi de his, qui incapaces ſe
1 proprio voto reddiderunt. Tertio inter adminiſtrationem liberam, qualem clericis, & Epiſcopis D. Doctor M. Nauarr. concedit: & dominium cum tot grauaminibus, quale ego conceſſi, neſcio quid intereſſe poſſit, niſi verbalis quædam, & ſine effectu differentia, cum tutor qui ad rationem ſtrictiſſime reddendam iudicio compelli poteſt, domini loco habeatur. vt in *l. interdum, §. qui tutelam. ff. de furt.* Nam quoad ea quæ textus dicunt bona clericorum, eſſe bona pauperum, & quod ſunt adminiſtratores, vel procuratores, non domini, reſpondimus latè in noſtro libello de redditibus Eccleſiaſticis 4. part. c. 6. & infra. nam & *Euripides*, homines non vt proprias opes poſſidere, ſed procuratores à dijs eſſe, inquit in *Phœniſſis*, ὅτι τὰ χρήματα ἴδια κέκτηνται βροτοί, τὰ τῶν θεῶν δ' ἔχοντες ἐπιμελούμεθα. Et *D. Ambroſius in lib. de Nabuthe. cap. 12. in fin.* Non de tuo largiris pauperi, ſed de ſuo reddis, quod enim commune eſt in omnium vſum datum, tu ſolus vſurpas? & infrà, Debitum igitur reddis, non largiris indebitum.] Quæ verba non ad ſolos clericos referuntur. multa ſimilia *idem Ambroſ. in ſerm. 81.* & quod *D. Paulus* inquit, Nihil intulimus in hunc mundum, ſed neque auferre quid poſſumus, habentes autem victum & veſtitum his contenti ſumus.] ad omnes homines pertinet.

S V M M A R I V M.

1 *Fratres ordinis S. Franciſci ſunt domini eorum, quibus veſcuntur.*

2 *Monachus S. Franciſci non habet cui acquirat.*

IN XIIII. monito iterum D. M. N. redit ad 1
ea, quibus Fratres veſcuntur 1 ſcilicet, Franciſcani, an ſit in dominio eorũ, cum tamen nõ reſpondeat ad *extrauagant. ad conditorem.* licet ipſe dicat, quod non ſit textus aliquis in Decreto, Decretalibus, Sexto, & Clementinis, in quo probetur eos dominos eſſe; reperitur tamen in extrauagantibus, & fecit inſufficientem enumerationem, immo id ex legibus Digeſtorum, & neceſſitate naturæ probabimus, poſt Io. 22. qui ex illis fortiſſimè argumentatur, nec rationem differentiæ, quam ego conſtitui inter ſeruum, & Fratres ordinis B. Franciſci ipſe D. Martinus tollit, nec vllus tollere poteſt, quod ſeruus non eſt dominus veſtium, quibus vtitur, quia eſt apud quem ſit dominium, ſcilicet, apud dominum ſerui, ſed veſtium fratris S. Franciſci, non magis poteſt eius Guardianus, vel monaſterium eſſe dominus, quam ipſe monachus, cum ſit incapax pariter in communi, & in particulari ordo ille, & ideò ipſe Dominus Martinus cauillatur. nam loquitur de alijs ordinibus, de quibus ego non loquor, dicendo, quod monachus perinde acquirit ſuo monaſterio, ſicut ſeruus domino, quia hoc non eſt verum in monachis ordinis S. Franciſci, de quibus dũtaxat loquimur, ideò in omnibus in quibus me reprehendit, ipſe eſt reprehendendus, dicit enim multa falſa & periculoſa me præſupponere. Primum ſeruum eſſe pauperiorem monacho in ſpeciali, quia nos loquimur de panibus, & veſtibus, & quoad monachos, qui nõ acquirunt monaſterio, & paupertas non ideò eſt minor in monachis, quia ratione voti obedientiæ, hæc omnia ad libitum à ſuo ſuperiori poſſunt auferri, non tamen votum paupertatis horum dominium impedit, quia votum non excludit neceſſaria naturæ, vt
ſuprà diximus. Secundo reprehendit me, præ- 2
ſupponere monachum non habere cui acquirat, quod verum eſt in monachis, de quibus locutus ſum, ſcilicet ordinis S. Franciſci. Tertio, monachum nulli acquirere, cum ſibi non acquirat, nec ſit alius cui acquirat, quæ omnia ſunt vera in monachis de quibus locutus ſum, & de quibus inter nos erat quæſtio, & controuerſia. Quartum eſt eiuſdem farinæ, nam dicit neceſſario conſequi, quod falſum id ſit, quòd omnes Catholici doctores docent,

nempe quicquid acquirit monachus ordinis non mendicantis, suo monasterio acquirere: quod vnde sequatur ex dictis per me de fratribus ordinis beati Francisci, ego non video, nec aliquis videre aut intelligere poterit: cum loquar expresse de fratribus sancti Francisci tantum. Postea me reprehendit, opponendo contra opinionem meam Dominic. de Soto sententiam, quam me tantopere imitari (quae mea laus est) ait, sed ego nulli quidem opinioni addictus, textum *Io.22. in dicta extrauaganti Ad conditorem*, magis quam aliorum sententias sequar: cuius sanè rationibus, & argumentis, nec D.Martinus, nec Dominic. de Soto satisfaciunt, in multis enim Domini. de Soto fallitur circa istum articulum, Primo Io.22. Pontificem maximum reprehendens, quòd extrauagantem illam odio potius Ocham, & aliorum sui ordinis, qui ei infestissimi fuerant, quam ratione aliqua ductus, edidisset, quod dicere temerarium est. Secundo errat, dum putat non posse fratres minores disponere de supradictis rebus: possunt enim donare, ac donant, distribuuntque pauperibus, & in eos dominium transferunt, vt re ipsa videmus. Tertio errat in exemplo conuiuarum, perperam fratres minores inuitatis comparans, quibus sibi tantum apposita sumere, non etiam asportare conceditur, cum vtrumque fratres minores possint, vt supra diximus: nam non esset conuiuium seu, vt Graeci melius Symposium appellant, nisi simul combiberetur, & comederetur, quamuis Cicero, in libro de senectute magis latinam deriuationem probet. Quarto errat in eo, quod existimat melius fecisse illos Pontifices, qui dominium rerum fratrum minorum apud sedem apostolicam constituerant, quam Io.22. qui ab ea dominium illud abdicauit: quia dominium illud verbale, & sine effectu profectò erat: ideò optimè Io.22. fecit, haec vana, & conficta dominia abdicando.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus reprehendit authorem: sed malè explicat id, quod dicit, neque exemplum subycit.*

2 *Potest quis vti re aliena de voluntate domini, sed ex titulo iuiure expresso, non ex generica voluntate: quia apud nos non dantur genera, sed opus est venire ad species.*

3 *Quod foret in statu innocentiae, nihil ad statum praesentem malitiae facit.*

IN xv. monito & xvi. repetēdo (vt solet) quae dixerat in monito viij. nos reprehendit circa intellectum *extrauagantis. Cum inter nonnullos.* Sed nos omittemus, quia de hoc actum est supra circa eius monitum viij. solum dicemus, quod arguit de equo comedente hordeum, ad fratres mendicantes, quasi equo dictum sit dominatae, &c. cum omne ius, hominum causa constitutum sit, vt inquit *Hermogenes in l.2. de statu homi.* quoad seruum verò iam responsum est, quae responsio ad equum trahi potest: cum sit alius, apud quem illarum rerum dominium sit, alia dicit omittere, quae parum à me dolata sunt, scilicet confundi à me vsum cum iure v- 1
tendi de Domini voluntate: cum palam esse dicat, posse quem vti re aliena, & iustè eam cōsumere de voluntate domini, sine dominio & possessione, vsufructu, & vsu, iure humano inuentis: quae hic D.Nauarrus dicit, licet copulatiuè ponat: non tamen omnia concurrere debent ex doctrina *Bart. supra allegata in l.1. de iust. & iur. & l. si u, qui ducenta, in §. vtrum, numer. 5. de reb. dub.* sed quicquid sit, quo pacto hoc fieri possit, ego non intelligo, vellem exemplum à D.Nauarro proponi, sed licet non proposuerit, videnda est causa promittendi, an ex mu- 2
tuo, an ex donatione, vel ex qua causa Dominus consumere permiserit, & tunc, quocumque se vertat D. Martinus falsum eius dictum apparebit, quia vt latè diximus in lib.1. Select. interpret. in cap.5. num.8. ius nostrum, in speciebus, non in generibus, quę ideae potius sunt, versatur, ideò opus est deuenire ad exempla, & species, seu indiuidua, quae idem apud nos sunt, vt ibi declarauid verò quod dicit, quod 3
in statu innocentiae foret, ad id quod in statu malitiae est, non potest applicari. dicta in hoc monito seruiunt monito sequenti xvj. quod est de eadem re.

SVMMARIVM.

1 *Ea, quae in nullius bonis sunt, occupantis fiunt.*

2 *Errat D. Martinus in suis argumentis in intellectu eorum, de quibus agimus.*

3 *Res deposita, non est in nullius bonis: ideo malè arguit D.Martinus.*

4 *Dominium eorum, quae fratribus minoribus dantur ad victum, non est apud sedem apostolicam.*

5 *D. Martinus malè intelligit §. sacra. de rerum diuisione.*

IN xvii. monito D. Martinus nos reprehendit, quod diximus, si fratres S.Francisci nō essent capaces dominij, seu iuris earum rerum, quibus vescuntur, sequeretur, quod possent à manibus eorum eripi, quia ea, quae in nullius 1
bonis sunt, vel quorum dominium vacat, occupantis fiunt. nam inquit ipse, quod illatio haec mala est. & ratio inepta: cum tamen nihil absurdius esse possit, quam quod ipse ait: dicit enim, quòd datur instantia in seruo, qui nihil praedictorum iurium, nec possessionem habet in rebus domini sui. putat enim D. Nauarrus 2
ea, quae seruus detinet domini sui, esse in bonis nullius, de quo agimus: quod ridiculum est, cum sint in bonis domini, & neque dominiū, neque possessio vacet, & nos agimus de his, quae in bonis nullius sunt. at si nos poneremus quod fratres ordinis S. Francisci in pane, quo vescuntur, nullum ius haberent: ea ratione, qua non haberent in particulari, non haberent in communi, & ita dominium vacaret. nam quod olim apud sedē apostolicā dicebatur esse dominiū, Io. 22. repudiauit & reprobauit: vnde

de sequitur vel eos harũ rerũ esse capaces, vel dominium vacare, ita vt res in nullius bonis sit.

Ex quo errat etiam D. Martinus dicendo, quòd datur instantia in depositario, qui nullum ius habet in re apud eum deposita, quasi
3 res depositæ in nullius bonis essent. Et quod D. M. dicit dominium eorum quæ fratribus minoribus dantur ad victum, esse sedis Apostolicæ, reprobat Io. 22. licet ipse innuat tex. in
4 §. *Porro, in cap. exijt. de verbo. signi.* quod fuit sublatum per Io. 22. esse restitutum per concilium Tridentinum, quod nun est verum, & quod dicit esse Dei particulariter ea, quæ dictis fratribus offeruntur, efficit vt ante Io. 22. non potuerunt esse sedis Apostolicæ: cum duo domini insolidum esse non possint, si dominium Dei est tale, quod excludit aliud dominium, vt vult ipse D. Martinus: quod numquam verum est, in his, quibus commercium non est interdictum: quia quod domini sit terra, & plenitudo eius, non impedit quòd detur dominium hominibus rerum à Deo creatarum, cuius ipse est dominus: denique in fine concludit dominium panis esse apud Franciscanos in communi: cum tamen neque in communi nec in particulari dominium habere possent, si hoc dominium eorum, quibus vescuntur non distingueretur à dominio aliarum rerum, vel dicit (adeò sibi male constat) esse sedis apostolicæ, quod Io. 22. reprobat, vel esse apud Deum, de quo iam diximus, licet malè ipse dicat, de his rebus loqui § *sacra* & § *religiosum. de rerum diuis.* quod
5 esse falsum infrà ostendemus.

SVMMARIVM.

1 *D. Martinus imponit vt sibi placet.*

IN xviii. monito me reprehendit D. Doctor N. de confusione, & quòd non posuerim opinionem meam, aliorum opinionibus confutatis, & quòd tandem eorum meam opinionem, quam in monito xxiiij. esse periculosam, dicit se probaturum: ibi etiam nos videbimus: potuit tamen monitum illud omittere. Præterea infert ex indice libri nostri, quòd nos voluerimus esse eiusdem conditionis fructus rerum Ecclesiasticarum, cum ipsis rebus Ecclesiasticis immobilibus, quoad alienationem: quod ego numquam dixi, neque cogitaui, non intelligo vnde hoc ipse collegerit.

In xix. monito D. Martinus me reprehendit, quod in prima parte extranea tractatui de redditib. Ecclesiast. apposui, cum tamen id apprimè necessarium, ad intelligendam naturam bonorum Ecclesiasticorum fuerit: sed quia ipse omisit, me reprehendit, & in eo etiam me notat, quòd ego distinctè, & clarè processerim distinguendo in secunda parte omnes opiniones: quod ipse non fecit, neque examinauit, neque ostendit varietatem opinionum, sed aliam opinionem cum alia inculcando, processit.

SVMMARIVM.

1 *Ferè hæc omnia tria monita sunt transcripta à lib. 2. de redditib. Ecclesiast. ad literam.*

IN xx. monito. xxj. & xxij. repetit multa, quæ dixerat, & dicit latiùs infrà dicturum in monitis per eum citatis: nam istud xx. monitum ferè transcribit ex lib. de redditib. Ecclesiast. 1. q. num. 4. pagin. 8. & xxj. monitum transcribit ad literam ex dicta q. 1. num. 5. pag. 9. & in xxij. monito transcribit sex columnas, ad literam, ex dicta q. 1. pagi. 10. nu. 6. vsque ad num. 9. vt nihil sit, quod ab eo non sit ter, vel quater repetitum, item in xxiij. monito decidit quæstionem parum difficilem: sed quia in his monitis nos dimittit, nihil circa ea dicendum erit.

SVMMARIVM.

1 *Dominium Dei, non tollit dominium inferius vtile, neque directum.*
2 *Dominium Regis, non tollit dominium inferiorum.*
3 *Dominium gregis non impedit dominium particulare vnius pecudis. idem in hæreditate contingit.*
4 *D. Martinus errat in intellectu §. sacra. de rerum diuisione.*
5 *Fictio non inducitur, nisi exigente æquitate.*
6 *Ex opinione nostra, quod clerici sint domini, nullum sequitur inconueniens.*
7 *Concilium Tridentinum non tollit nostram opinionem.*
8 *D. Martinus non respondit nostris rationibus.*

IN xxiiii. monito D. Martinus Nauarrus nos reprehendit circa id, quod diximus de dominio rerum Ecclesiasticarum: in quo quia maximè vrget hanc rem sæpissimè repetendo, ideò vt nos semel eandem rem explicemus, ipsam altiùs deducamus.

Primo enim vt diximus notandum est, opinionem illam, quæ habet, Ecclesiastica bona esse Dei, non tollere dominium vtile, neque directum hominum: nam dominium Dei, qui est omnium dominus, non tollit, neque impedit dominium Petri: imò dominium generale non tollit dominium speciale: Imperator enim est dominus orbis, vel potius Rex noster maioris partis eius, quæ à Catholicis possidetur: non tamen hoc impedit, quin ego dominus rei meæ sim, vt *l. deprecatio. ff. ad l. Rhod. de iactu. & per totum, de rei vendi.* quinimò dominium generale, non impedit dominium particulare: nam & si tu sis dominus totius gregis, possum ego esse dominus vnius pecudis, in illo grege existentis, vt in *l. 1. in §. finali. in fin. ff. de rei vendicat.* vbi inquit *Vlpianus:* Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim non singula corpora vendicabitur,] sic etiam potest quis esse dominus hæreditatis, alius verò alicuius hæreditarij corporis, sed tota hæreditas vendicabitur. vt in *l. Et non tantum. ff. de petitio. hæredi.* ita non impedit 1
2
3

Dei dominium vniuersale omnium rerum, omnium Ecclesiarum: quin apud vnam particularem, vel eius ministros dominium esse possit: quinimo eas res, quarum commercium est interdictum, & quæ in nullius bonis esse dicuntur, vt calices, & aliæ res consecratæ, de quibus loquitur text. in §. *sacræ. insti. de rerum diuisione*, dicimus, & verum est, pertinere ad illam, & illam Ecclesiam: quanto magis id de his rebus possumus enunciare, quarum non est commercium interdictum.

Secundò notandum est, quòd licet prædia Ecclesiæ, & aliæ res Ecclesiasticæ sint sacræ, in quarto gradu, tamen non sunt earum, de quibus loquitur §. *sacræ. de rerum diuisio.* qui expressè loquitur de his rebus, quæ per Pontifices consecratæ sunt,] ponendo diffinitionem rerum sacrarum, de quibus loquitur, in quo
4 D. Martinus N. sæpissimè errat, tam in isto xxiiij. monito, num. 4. qui panes, quos pij homines largiuntur monachis S. Francisci, vult sub illius §. dispositione comprehendi, quàm in monito xvij. vt periculosum sit eos comedendo fieri sacrilegos: sed hos panes numquã vidimus à Pontificibus consecratos. Item ratio quare sacra dicuntur esse in nullius bonis, est, quia commercium earum est interdictum, vt in *l. sed & Celsus. ff. de contrahend. emptio.* sed prædiorum Ecclesiæ commercium non est interdictum, cum vendi, & emi, locari, & conduci possint: ergo non sunt de illis, quæ in nullius bonis esse dicuntur: & licet ipse D. Martinus N. contendat, prædia Ecclesiæ, esse extra commercium: quia non sine iusta causa, & solemnitate possunt alienari: tamen idem contingit in rebus immobilibus minorum: quinimò difficilius hæ alienari, quàm res Ecclesiæ possunt: cum hæ vtilitatis causa, illæ verò solius necessitatis alienentur, vt latiùs ostendimus in dicto libello de redditibus Ecclesiast. in 1. parte, in cap. 2. in num. 23. vsque ad finem: ob id autem prædia minorum esse extra commercium nullus sani capitis dicet, assumendo verbum commercium, prout in hac materia sumitur: maximè quia nec valet consequentia, res est extra commercium, ergo est sacra, vt in *l. si monumen-*
5 *to. C quæ res pigno. oblig. poss.* Item notandum est, quod in iure, fictio numquam nisi æquitas exigat, inducitur, vt *l. postliminium. ff. de capt. & postlimi. reuers. in princip. Bar. in l. si is, qui pro emptore. num. 23. 26. & 27. ff. de vsucapioni. Bal. l. si ea, quæ. C. qui accus. non poss.* Ideò quando potest esse persona vera, numquam est locus personæ imaginariæ: cum itaque sint personæ prælatorum cum Capitulo, & clericorum, apud quas potest esse dominium, non est construendum dominium apud personas mysticas, & repræsentatas: vt apud Ecclesiam, vt in nostro libello, in 4. parte, c. 6. latiùs deduximus,
6 Item etiam est notandum, quod dare dominium clerico rerum sui beneficij, & Episcopo rerum suæ mensæ, eo modo, quo nos concedimus (sicut marito rerum dotalium) infrà in 2. parte, circa moni. xij. vt eas non alienet: sed ex fructibus se & suos alat, & sustineat omnia reliqua, & pauperibus etiam sub peccati mortalis reatu, vt diximus, subueniat, nullum habet inconueniens, & est opinio iuri consona. His præsuppositis, vellem ego quod D. Martinus, qui adeò insultans hanc opinionem reprehendit, & arguit, rationibus à me allegatis in dicto libello, in 4. parte, in c. 6. respondisset: & quod ipse dicit, quod nec Papa est dominus, sed administrator: per *cap. non liceat Papæ. 12. q. 2.* vbi habetur, quod Papa non potest alienare res Ecclesiæ, ergo non est dominus, leuissimum est hoc argumentum, vt latissimè in dicto cap. 6. ostendimus: & quod *concilium Tridentinum* dicit, esse Dei res Ecclesiasticas, verum est, & par- 7
ticulari ratione, magis quàm sunt aliæ res: ergo non datur dominium hominum, vt disponant, & ordinent secundùm legem Dei, non existimo bonam hanc esse consequentiam: sicut Dominus custos hominum est, & tamen cuilibet homini est angelus in custodem datus. *Matt.* 18. Nam Deus concurrit cum causis secundis: vt habetur 2. *Physico.* Voluissem denique vt ipse meis rationibus, quas in dicto cap. 6. posui, respondisset, sicut ego respondeo suis: sed quia vidit se non posse respondere, dissimulauit, & ad ea, quæ ignorantibus poterant 8
applaudere, est contra concilium, est contra fidem, est opinio periculosa, & ad exclamationes inanes, quæ in scholis fieri solent ad pueros, se conuertit: denique sunt bona Ecclesiæ Dei, verum est, & speciali ratione: sed non eo modo, vt earum commercium, & dominium ob hoc sit hominibus interdictum: nec ita, vt apud homines Deo sacros earum rerum non possit esse dominium: & quod concilium prohibet de bonis Ecclesiasticis Episcopos, vel clericos ditare consanguineos, non obstat: cum concilium non dicat, si contra fiat teneri ad restitutionem: imò Episcopos, & clericos admonet, ad quid ex charitatis lege teneantur, & vide, quæ infrà dicam circa supra dicta in monit. xliij.

In xxv. monito D. M. N. repetit, quæ millies dixerat, & millies dictutus est, quod sacratum rerum sunt quatuor species. in hoc monito nihil, quod nobis aduersari, aut repugnare videatur ait: ideò etiam dimittamus eum, nec nos verbum faciemus vllum, cum nos ille paululùm recreari sinat.

SVMMARIVM.

1 *Fructus, qui pertinent ad successorem in beneficio, quomodo sint expendendi.*

2 *Quæstio D. Martini non potest simpliciter verificari.*

IN xxvi. monito D. M. N. vt ipse dicit, grandem quæstionem ponit: quam tamen ego, ad explendas libri sui paginas, non parui momenti esse duco, nam eius determinationem dicit

dicit se ponere in libro, quem nunc ipse componit:sed videamus quam grandis hæc quæstio sit,quæ vno verbo nisi confusè,& extra terminos iuris esset proposita,potest decidi. Quærit enim,si beneficiatus moriatur,relictis redditibus sui benefici),de quibus nec in vita, nec in
1 morte dispoſuiſſet: & de iure perueniant ad successorem in beneficio,an debeant collocari sub natura bonorum deputatorum, ad sustentandum sacra primæ speciei, vel secundæ: appellat primæ speciei stabilia, secundæ verò eorum fructus:si clarè quæreretur,si hi fructus debeant expendi in rebus ipsis sacris,vel possit clericus vt cæteris fructibus sui beneficij vti, non esset quæstio: sed ponendo confusè, est quærere, an res mobilis,sit immobilis: nam in primam speciem,immobilia constituit,in monito xxv.penult. colum. quod quam parum aptum sit,facilè quisque perspiciet: denique, vt mens quæstionis, omissis eius verborum ambagibus,decidatur,dico, idem etiam clericum de illis facere, quod de fructibus sui beneficij posset:quia fructus sunt sui beneficij,& de iure sibi,vt reliqui,concessis:sed ista quæstio præsup-
2 ponit multa: primo quòd veniant ad successorem in beneficio: sed in Hispania nostra cum veniant ad venientes ab intestato clerici, non erit huic quæstioni locus:secundo,vbi succedit Ecclesia,minus etiam procedit quæstio,neque vbi summus Pontifex succederet: sed si Deus annuerit, videbimus, quid ipse velit dicere in hac quæstione in libro suo,quem nunc se dicit componere: ad quem sæpe in hacapologia lectorem remittit,vt hic,& infrà pag.91.in fin.& 92.& iterum 141.& iterum 142.& 154.

SVMMARIVM.

1 *Quatuordecim paginas transcribit D.M. à libro de redditib.Ecclesiast.*
2 *D.Martinus iniustè reprehendit, affirmans nos dicere contraria.*
3 *Malè inducit D.M.concilium Tridentinum.*

1 IN xxvii. monito D. M. Nauartus, transcribendo quatuordecim columnas,licet ordine mutato, à suo libro de redditibus Ecclesiast.1.quæst.à num.17. vsque ad 30. à pagi.23. vsque ad 37.me primo arguit,quasi contrarias sententias præferentem, deinde verò refert, quæ sæpius dixerat.

Quòd autem non simus contrarij in eo, quod diximus naturam bonorum Ecclesiasticorum ab initio nascentis Ecclesiæ,ab Apostolis cõstitutam, & per manus ad posteros transmissam, duplicem vsum videri prospicere: diuini scilicet cultus exhibitionem, & victum pauperum,apparet:nam licet postea asseruerimus per diuisionem factam , vel erectionem
2 beneficiorum clericos fructuum eorum effici dominos:id tamen non contradicit superioribus:cum illud prius diximus, loquendo de illo statu bonorum Ecclesiasticorum primæuo, quando in communi possidebantur: posterius verò, postquàm cuilibet clericorum est assignata sua portio,& per erectionem beneficiorum pars cuiuslibet est separata : ex illo enim tempore, ex lege iustitiæ , quilibet clericus suam portionem, tanquam propriam liberam possidet:nam solum quoad legem iustitiæ attinet,clericos in parte sua liberos efficio, & non quoad legem misericordiæ.

Postea verò D.Martinus in eodem monito ex concilij Tridentini verbis,probare vult,bona beneficiorum onus,ac grauamen continere ex dictione, ad, & ex dictione,in,&,ob,& ad, & ne, prout non,& alijs:sed fateor me non intelligere inductionem dicti D. Martini: nam 3
inducit concilium Tridentinum, quod prohibet clericis, ne suos cognatos ditent, ponderando dictionem,ne, quæ secundùm eum, inducit modum: qui quidem inducendi modus cui possit probari,non intelligo: cum mens, & verba concilij adeò aperta sint, vt inductione aliqua minimè egeat, idemque foret, si infinito ditare sine dictione,ne,vsum fuisset:sed hæc adeò leuia sunt,vt non sit opus insistere.

In xxviii. monito D. Martinus optimè loquitur, & idem priùs dixerat in libro suo 1. q. numero 10.

SVMMARIVM.

1 *Docere, & curare sunt opera misericordiæ: sed non imputantur à Deo,nisi gratis ea fiant.*
2 *D.Martinus malè infert in his,quæ dixerat.*

IN xxix. monito D.Martinus transcribit plures columnas ex suo libro de redditib. Ecclesiast.q.1.num.60. pag.62. vsque ad 66.& licet in hoc monito nihil dicat quod ad nos pertineat:duo tamen, animaduersione digna, notabimus.Primum, quod licet verum sit,do- 1
cere , inter opera misericordiæ connumerari debere, vt D. Martinus hic affirmat : non tamen à Deo imputabitur, nisi gratis fiat:nam si medicus grandi salario conductus curet ægrotos, etiam si pauperes sint, recepit mercedem suam,vt in Euangelio dicitur.Secundum, præsupposito quòd ipse D.Doctor ex allegationibus vulgaribus dicit, quòd legatum alimentorum, factum diuiti, in foro exteriori nõ iudicatur pium, & si testator id dicat legare amore Dei:& per contrarium iudicatur pium, si legatur pauperi, & si non exprimatur id fieri amore Dei,infert, quod nõnunquam ea, quæ apud Deum sunt opera pietatis, apud iudices iudicantur profana : & è conuerso quod est prosanum in eius diuinæ Maiestatis conspectu, pium inter gentes existimatur. Hæc sunt eius verba,in quo licet verum sit, nam Ecclesia etiam sæpè falli potest, & aliquando fallitur, vt in *cap. Inquisitioni. de senten. excommunica.* consequentia tamen, quam D. Doctor Nauarrus 2
facit hic, & in dicto libello pessima est: quia in vtraque specie ex quibus id infert iudex,idem quod

quod Deus iudicat: ergo ex his non consequi-
tur, iudicium hominis à iudicio Dei differre,
imò illi maximè conuenire.

SVMMARIVM.

1 *Opinio D. Nauarri, quòd id, quod corrasit clericus ex suo victu, sit liberum, non est communis.*
2 *Nemo potest mutare sibi causam possessionis.*
3 *D. M. quæstionis terminos mutat.*
4 *Mala interpretatio D. Martini ad extrauagantem S. Pij V.*
5 *Quæstio loquitur de fraudātibus auarè genium suum.*
6 *Defenditur inductio l. si à domino. in §. Prado. ff. de petitio. hæredita.*
7 *Ex notis arguimus ad ignota.*

IN xxx. monito & xxxj. & xxxij. & xxxiij.
postquam transcripsit D. Martinus, quæ in
alio libro dixerat, vt mos illius est, nos repre-
hendit quòd dixerim: ea, quæ fraudando ge-
nium suum corrasit miser clericus, eiusdem ra-
tionis esse cum cæteris beneficij sui fructibus:
1 & primo, quia non est facilè recedendum à
communi opinione, cum tamen contrariam
opinionem communem esse nō ostendat: ipse
enim solum, vel vnus, aut alter eam sequitur, &
Abbas Panormit. cuius authoritas præponderat,
assentitur nobis, qui multas rationes pro hac
opinione adduximus in libello de redditib.
Ecclesiasticis, in 3. parte, in cap. 5. quas videre
licet: nunc verò nouam aliam rationem addi-
mus, quia nemo sibi mutare causam possessio-
2 nis potest, nullo titulo extrinsecus superue-
niente, vt in *l. non solum, in §. quod vulgo. ff. de vsu-
capio. & in l. nemo. C. de acquirend. possessio.* Si igi-
tur natura redditnū Ecclesiasticorum est talis,
vt in vsus pios sit, quod superest expendēdum,
ergo ex facto clerici, vel non facto, hos fructus
possidentis, natura mutari non poterit, quòd
ipse sit sordidus, vel auarus: nullo extrinsecus
titulo, quod mutationem prædictæ naturæ in-
ducere possit, superueniente: præterea inter
dantem, & accipientem debet esse differentia:
vt in *cap. fin. de institutio.* nam agere, & pati, non
cadit in eodem subiecto: vt *l. si creditori. C. de
pact.* quod esset si ipse sibi ex facto secum suo
hanc mutationem efficeret. Quoad fundamē-
ta D. Doctoris Nauarri multa possent dici, sed
sunt illa ipsa adeò infirma, vt operæ pretium
non sit in his diutius immorari: solùm notabi-
,, mus, quod in 6. suo fundamēto ita inquit. Sex-
,, to quod ferè omnes minus edunt, & potant,
,, vestiunt, & minorem familiam alunt, quando
,, sciunt, quod ea, quæ omittunt impendere in
,, illis lucrare possunt in eleemosynas, & alia vir-
,, tutum opera, quam cum cognoscunt, quod
,, non plus reliquum sibi facient, si se abstinue-
,, rint, quàm si se saturauerint. Sed errat D. Mar-
3 tinus: quia sensim mutat terminos quæstionis
nostræ: nam si ad virtutum opera, & eleemosy-
nas seruaretur id, quod clericus corrasit, non
esset quæstio: quæstio enim nostra est, an id sit
eiusdem rationis cum alijs fructibus, tenendo
illam opinionem Archidiaconi, vt debeant in
opera pia sub restitutionis obligatione eroga-
ri: vel possit de his quæ corrasit, vt de bonis pa-
trimonialibus disponere: nam si ideo fraudaret
genium suum, vt eleemosynas faceret, non es-
set difficultas: talia sunt fundamenta de hac re
D. Doctoris, qui suam opinionem firmiter pro-
bari ait in extrauaganti S. Pij V. anno 1567. ter- 4
tio Kalendas Septembris edita: quæ dicit,
quòd non sunt annumeranda spolijs ea, quæ
supersunt clericis beneficiatis, vel pensionarijs
non habentibus beneficia, vel pensiones, quæ
triginta ducatorum auri de camera valorem
excedant: quomodo autem ibidem probetur,
ipse diuinando inducit: quia videtur reliqua-
tum ex necessario suæ sustentationi, quod ve-
rum non est: quomodo enim ex solis triginta
ducatis annuis possit quis aliquid corradere?
Sed ratio est, quia aliunde quàm ex dictis red-
ditibus, id quod superest, videtur acquisitum,
quid enim ex triginta ducatorum minori sum-
ma posset superesse?

In sequenti xxxi. monito, iterum idem tra-
ctando dicit elegantissimè, quòd nostrarum
rationum nerui sunt eneruesʼ, verbisque pro- ,,
fluit: deinde refert rationes nostras verbis qui- ,,
bus sibi placuit vti: quæ non hic repetam, sed
tantum ipsius argumentis satisfaciam. Ac pri-
mo inquit, quòd Panormitan. hanc nostram
opinionem non tenet ex professo, sed per trā-
situm eam asserere, alijs verò respondet: om-
nes rationes quas ego adduxi, præsupponere
duo: quorum vtrunique est falsum, & contra
receptas sententias: alterum scilicet quod om-
nis beneficiatus fraudando genium suum, est
miser, & auarus, & peccat: alterum quòd nul-
lus, qui auarè aliquid acquirit, potest plus de
illo disponere, quam qui non acquirit: quod se
falsum esse ostensurum duobus sequentibus
monitis pollicetur: vt iterum, atque iterum
singula prosequatur, ac reperat: verùm his om-
nibus satisfieri perpaucis potest.

Primò, quod ipsi non sumus loquuti de his,
qui minimo contenti, tenuissimo cultu viue-
rent, vt in pios vsus parsimonia sibi magis su-
peresset, vt supra diximus: ij enim extra omnē
controuersiam profecto sunt: sed de his tan-
tum egimus, qui genium suum ea ratione frau-
darent: quod vitium sonat, vt diuitibus con-
sanguineis, aut in alios non pios vsus possint 5
largiri. Ad ea verò quæ secundo loco nobis
obiecit, respondemus, verum non esse, nos id
voluisse præsupponere: diximus enim, retentis
eisdem terminis de fructibus Ecclesiasticis, nō
debere esse melioris conditionis in illis sordi-
dum, & auarum, quàm qui liberalis esset, ac
splendidus: ideò omnia quæ ponit in xxxiij.
monito, de exercente mercaturam ob auari-
tiam, & alia omnia possunt omitti: & quod in
dicto xxxij. monito S. Pij, P. V. veris laudibus
omissis, blanditur, dicens, quòd posset in can-
toribus, quibus animum oppressum grauissi-
mis

mis negotijs refocillaret, multa expendere: non libenter cum alijs ibi scripris legere (si fortè legit) existimo, cum scriptum sit, Cithara, & lyra, & tympanum, & tibia, & vinum in conuiuijs vestris. *Esaiæ cap. 5.* at D. M. N. *φιλοτιμία μὲν ἐνέχεται δεινῇ κακῇ*, Sed hæc omittamus iam.

Quod verò in fi. xxxiii. moniti D. M. dicit,
6 me incautè citasse *l. si à patre. in §. predo. ff. de petitio. hæredi.* & eam regulam, quod non debeat esse melioris conditionis malus, quàm bonus: nam dicit, id debere intelligi, quando idem, vel simile vterque facit, non quando diuersum, falsum profectò est: tunc enim in ea re vterque esset bunus, vel vterque malus: ideo optimè applicatur nostræ opinioni: quia sordidus posset donare, liberalis non posset fructus sui beneficij, qui sibi ex victu, & vestitu, & suorum sustentatione supersunt: & de vno qui fecit, & de altero qui non fecit, loquitur tex. qui punit similem regulam, in *l. Seruius, ff. quod vi, aut clam.*

In xxxiiii. monito D. M. N. nos reprehendit, quòd pro fundamentu assumpserimus, pauperem etiam teneri ad elargiendam eleemosynam, de superfluo, per eleemosynam quæsito: nam dicit hoc esse inane, si intelligam quòd tenetur, vt alij diuites, quia de hoc nemini dubium foret; falsè, si intelligo plusquam alij: ego intellexi primo modo: & quia nullam dubitationem continet pro fundamento constitui, vt arguerem ad id, de quo dubitabatur:
7 stultus enim essem, si ignotum per ignotius voluissem comprobare: ideò ex hoc potest intelligi, quòd bona naturam non mutaut: licet ad necessitatem alimentorum conferantur, si aliquid ex illis supersit.

S V M M A R I V M.

1 *Beneficiatus rectè comparatur vsuario, secundùm Archidiaconi opinionem.*

2 *Similitudo non in omnibus esse debet, sed in eo de quo agitur.*

IN xxxv. monito D. Martinus immeritissimè, vt solet, nos reprehendit, quòd dixerimus secundùm opinionem Archidiaconi, vsuarij instar, clericum in beneficio constitui, cum vsuarius, quicquid sibi supersit, restituere teneatur: ait enim, Archidiaconum numquam hoc dicere: beneficiatum præterea locandi, & vendendi redditus ius habere, quod vsuario minimè sit concessum. Hæc est sua reprehensio: qualis ea sit, nullus certè est, qui nõ videat, cum nos de hoc tantum agamus, an ea, quæ sibi supersunt, debeat restituere pauperibus, & pijs operibus insumere: ita vt ea solùm sibi possit retinere, quæ pro suo vsu illi sint necessaria:
1 & in hac parte comparamus clericum vsuario, & instar eius facimus, secundum opinionem Archidiaconi: qui solum sibi necessaria, & familiæ suæ concedit, & quòd cętera pauperibus sint eroganda: neque Doctores, qui vsuario cumparãdum beneficiatum existimabant, sicut nec nos ignorabant, eum ad triennium saltem, stante extrauaganti, posse locare, sed in ea parte vsuarij numẽ accipiebant, quod ad rem, de qua agebatur pertinebat: & ita *glos. in cap. fi. de pecu. clericorum.* dicit quòd potius clerici beneficiati comparantur vsuarijs: & plures aliæ glo. quas *Abbas* refert *in repeti. c. cum esses. de testament. in num. 21. & Anto. in cap. cum M. de constitutionib. num. 9.* eos vsuarios appellat: & omnes in *dict. cap. fin. de peculi. clericor.* referunt, Doctores quosdam comparãtes vsufructuario, quosdam vsuario, & *AEgidius in c. cum venerabilis. de exceptio. in 7. q.* specialiter, an prælatus vsuario, vel vsufructuario sit comparandus: vt mirandum sit D. Martino fieri nouum, ex opinione Archidiaconi, sequi, clericum beneficiatum vsuario comparandum: quòd locare fructus sui beneficij possit, quod facere vsuarius non potest, qui hanc subtilitatem, à se inuentam, nullum alium perspexisse credit, imò *& glos. Ioann. Andr. in loco ordinario, scilicet in c. præsenti. in verbo reseruari.* dicit, aliquando beneficiatum comparandum vsufructuario, aliquando vsuario. & ipsemet D. Doctor Nauarrus in suo libro de redditib. Ecclesiast. q. 1. §. 4. num. 20. dicit, quosdam Doctores eos vocare vsuarios, quosdam vsufructuarios: nam & *Alua. de Pelagio* eos vsuarijs comparat in *lib. 2. de planct. Eccles. c. 55. col. 3.* qua in re, illud notandum est, quòd hic etiam D. M. N. verba nostra non verè refert, namque asserit, dixisse nos, secundùm opinionem Archidiaconi, esse tantum vsuarios clericos beneficiatos, cum nos instar vsuarij esse dixerimus, quod verissimum est, nec vllus hoc potest negare: nam similem esse vsuario, secundùm dictam opinionem, euidens est: similitudo autẽ 2
in omnibus esse non debet: vt notatur in *l. quod Nerua. ff. de poss.* sufficit enim quòd in eo, de quo agitur, vt in *l. cum is. in §. fina. ff. de condictio. indebit.* licet in alijs multis differant, inter se conueniant, quicquid velit D. M. hic & in dicto suo libro de redditib. Ecclesiast. in 2. q. in num. 13. & hoc non solum verum est in iure nostro, verùm in parabolis, & similitudinibus diuinis, quæ in Euangelio continentur: vt non per omnia singula verba sint attendenda, sed illa ad quorum finem parabolæ inducuntur: vt apparet in parabola villici iniquitatis, *Luca 16.* quem pater familias commendauit: vt exponunt *Origen. & Aug. & Luca 19.* vbi Dominus reprehendit seruum suum de neglecta vsura: non enim ex illis verbis parabolæ potest sumi argumentum, vt vsura non sit lege naturali, & diuina reprobata, & mala: & *Matth. c. 20.* secundum *Chrysosto.* de his, qui murmurabant, quòd pater familias fecisset pares eos, qui vna hora laborauerãt, cum ipsis qui pondus diei & æstus portauerant: cum tamen illi, qui accipiunt denarium id est vitam æternam, non murmurent contra Deum: denique similitudo bona erit, si

in

in eo, de quo agitur conueniant, seu consonent: licet in multis differant: verba enim non simpliciter, sed relatiuè, ad id, de quo agitur, sunt vsurpanda: vt in *l. maiore parte anni. ff. de verb. signific. & in l. quos nos. in §. locuples. eodem tit. & in §. quod autem. insti. de legi. agna. tutel.* vbi est optimus textus.

In xxxvi. monito D. Martinus nos reprehendit, dixisse, beneficiatum vsufructuarium esse causalem: & quasi res egeret aliqua interpretatione, & maximè esset recondita docet, quis dicatur vsufructuarius causalis, ex mente Bart. in loco vulgari, & ordinario: sed quæ ad istud monitum pertinent diximus suprà circa xxiiij. monitum, ideò hic non repetemus.

SVMMARIVM.

1 *Reprehensio D. Martini est iniusta: quia nos loquimur in terminis Doctorum.*
2 *Empta de redditibus Ecclesiast. fiunt Ecclesiæ.*
3 *An autem possessio etiam quæratur. licet clarè ostendatur: tamen est opinio noua relinquitur, alijs iudicanda.*
4 *Empta ex redditibus Ecclesiasticis beneficiorum non acquiruntur Ecclesiæ, vbi est consuetudo, vt clerici de illis disponant.*

IN xxxvii. monito D. Martinus me reprehendit de multis. Primò, quòd in 3. parte nostri libelli c. 2. rigidiorem beneficiatis, quàm communis, & ipse est, me exhibuerim: & concludam, empta de fructibus beneficiorum Ecclesiæ quæri; ita; vt dominium, & possessio, transeat in Ecclesiam: in quo primò est notandum id quod ipsemet D. Martinus vidit, quod ibi agimus, de fundanda opinione Archidiaconi, vt ex initio illius capitis constat. Secundo verò imponit, me dixisse, quòd vestes, libri,
„ phialæ, & alia quæ ipse refert, empta à benefi-
„ ciato de redditibus Ecclesiæ in vsum suarum
„ personarum, aut ad donandum quibus opor-
„ tet, ad remunerandum quibus oportet, aut in
„ opera pia, &c. acquiri Ecclesiæ: quod tamē non
1 est verum, me dixisse: sed loquens in terminis, quibus Doctores loquuntur, & textus, dixi, & argumentum simpl. pro. Archidiacon. quòd empta à clerico de redditibus Ecclesiasticis
2 sunt Ecclesiæ. & istis verbis loquuntur Doctores, quorum esse commu. opi. testatur *R. D. Episcopus Segobiens. in cap. 1. de testamen. nu. 5.* loquendo per hæc verba indefinite, res emptas.

Et quòd ipse me reprehendit in ponderatione textuum, qui solùm dicunt, quòd debet facere clericus instrumenta eorum, quæ emit nomine Ecclesiæ D. Martinus non aduertit, quod ideò ego dixi in dicto libello in dicto c. 2. quod *Hostiens. & Ioann. Andr. & Barb.* qui eos refert, dicunt illam opinionem, quæ tenet, dominium rerum emptarum ex fructibus beneficiorum acquiri Ecclesiæ, esse inductam potiùs à magistris, quàm quod ex textibus probetur: nihilominus tamē communis opinio est, quòd quæratur Ecclesiæ dominium, ideò debet fieri instrumentum nomine Ecclesiæ, quia sunt res Ecclesiæ: & qui id non fecerit, tamquam rerum Dominicarum inuasionis crimine tenetur, nisi, &c.] inquit textus in *c. placuit 12. q. 2.* & ita quę
ego dixi, sunt verba omnium Doctorum: quod 3
vero de possessione dixi, vt quæratur nedum dominium Ecclesiæ, adeo ex iuris principijs probaui, vt optarem maximè, quod D. Martinus meis rationibus respondisset, & de substantia rerum ageret, & non semper verba aucuparetur: tamen in fine dicti capitis in re, per rationes & tex. à me adeò probata addidi mo-
destissimè hæc verba, Sed quia noua est hæc „
opinio, nec per aliquem Doctorum nostrorum „
tentata, ideò alijs iudicandam relinquo. „

Quod autem D. Nauar. notat hæc esse contraria nostræ opinioni; quis ei negabit, quod opinio Archidiaconi, & omnia, quæ pro eo facerent, sint contraria nostræ opinioni: sed ea omnia, quę pro eo faciunt, loquuntur, vel quā-
do viuebant in communi clerici, cum & in no-
stra Hispania omnes ferè Ecclesiæ, quæ nunc 4
sunt sæculares & cathedrales, priùs essent regulares: sed postquàm beneficia sunt erecta, & cuilibet clerico est separatum, quid habere debeat, & consuetudines de his rebus in vita, & in morte disponendi inualuerunt, prædicta iura locum non habent, neque lege iustitiæ tenentur clerici ad aliquam restitutionem, cum de suo consumant, non de alieno; & distinguendo tempora status ecclesiæ, omnia facilè conciliari possunt: hæc omnia in libello nostro sunt adeò clarè exposita, dum B. Thomæ opinionem comprobamus, & argumentis contra eum per nos inductis respondemus, vt facilè R. D. Doctor Martinus Nauarrus potuisset hæc intelligere: imò ipse in xli. monito & sequenti, quid nos senserimus ostendit, & quod ad empta de redditib. Ecclesiasti. attinet, satis in nostro libello respondimus, & vide quæ infrà dicentur circa monitum lxvj.

SVMMARIVM.

1 *Calumnia D. Martini in hoc monito notatur.*
2 *Multa hic transcribit ex suo libro de redditibus Ecclesiast.*

IN xxxviii. monito D. M. N. Apologiæ au- 1
thor astruit nobis maximam calumniam, vt in principio huius libelli ostendimus: & ibidem, quæ ad istud monitum pertinent videri possunt: notandum tamen, quod in hoc moni-
to multa transcribit ex suo libro de redditi. Ec- 2
clesiast. nam in numero 11. transcribit ex dicto libro quæst. 1. numero 28. pag. 33. cum sequentibus. & in numero 3. vers. 13. transcribit etiam multas pag. ex dicta 1. quæst. numer. 47. pag. 54.

SVM-

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus hic plures pagin. transcribit, vt solet.*
2 *Clericus in fructibus sui beneficij non vtitur vel abutitur re aliena, etiam si sibi superfit.*
3 *Millies repetit eadem D.M.N.*

1 IN xxxix. monito D.Martinus N. transcribit multas paginas ex dicto suo libro 1. quæst. pag. 16. numet. 9. in fin. vsque ad 15. pagin. 21. ac vult probate, clericum malè insumentem fructus beneficij, agere contra legem iustitiæ, quia agit contra Decalogi præcepra, quæ omnia sunt leges naturales iustitiæ: quia furatur, & abutitur re aliena, contra intentionem domi-
2 ni: hoc tamen quod re aliena in fructibus sui beneficij clericus vtatur, vel abutatur, falsum est: quia cum ea portio sibi legitimè applicata sit, sua est: vt latissimè in libello nostro ostendimus, ex quo cessant omnia, quæ ipse millies
3 repetit, vt appatet ex 3. quæst. in 2. monito, vbi hæc idem repetit, & in 2. quæst. in 7. monito.

SVMMARIVM.

1 *Omnia, quæ D. Martinus in hac 1. quæst. affert, supervacanea sunt.*
2 *De opinione S. Thom. & quod D. Martinus in hac prima quæstione fingit sibi aduersarios.*
3 *S. Thomæ verba sunt clara contra D. Martinum, nequt possunt cauillari.*

IN xl. monito D. Martinus contendit, sanctum Thomam tenere suam opinionem, sed quia de hac re in nostro libello de reddit. Ecclesiastic. laussimè scripsimus, ne eadem hic
1 exemplo D. Doctoris repetamus, Breuissimè procedemus. Et primò notandum est Dominum Martinum falsò dicere in hoc xl. monito, pagin. 179. me fateri, quod S. Thomas nunquam expresse affirmauerit conttariam opinionem, quia semper dixi, & nunc dico conttarium, scilicet sanctum Thomam claris & expressis verbis tenere opinionem nostram, quod clericus malè consumens redditus suos Ecclesiasticos, non teneatur ad restitutionem. Secundo etiam animaduertendum est, parum aptè ad hanc primam quæstionem, quam D. Nauarrus disputat, adduci in controuersiam doctrinam B. Thomæ: cum in hac quæstione • ipse tractet, & teneat, clericum insumenrem vanè, & profanè, vt verbis eius vtamur, fructus beneficiorum, peccare mortaliter, quod nos etiam fatemur, & falsi sumus sem per, licet D. Martinus falsò nobis contrarium imposuerit in monito præcedenti, vt ostendimus in principio huius libelli, & S. Thomas expresse hoc dicit: nãque ait, abusum in his rebus peccatum esse, licet non teneatur ad restitutio-
" nem, ideò tenetur ad pœnitentiam peragen-
" dam: ita inquit, in quodlib. 6. at. 12. ad tertium: & ita in quæstione 185. in 2. 2. ad secundum, in

Franc. Sarmient.

fin. dicit, clericos non peccare, donando consanguineis: dummodo faciant moderatè, id est, vt non indigeant, non autem vt ditiores inde fiant: ex quo apparet in hac quæstione D. Martin. Nauarr. aduersarios sibi fingere, vt 2
modo suo & pugnare, & vincere possit, aërem verberando, nam in quæstione sequenti, in qua de obligatione restitutionis agitur, veræ pugna consistit: ita vt maior pars huius libri, quæ in prima quæstione versatur, superuacanea sit, licet conuitijs satis sit plena: ideò me fortassis sub nota N. indicat, quod illa quæ ipse refert, dicat nemo, ὅτις ἐμοὶ τὸ ὄνομα. Item quod de Regulis, & Marchionibus, & alijs inculcat, & nescio contra quem inducit, est suum inuentum, quia nullus est, qui contendat, non peccare magis clericos, quàm laicos in abusu retum suarum. nam expendere in venationibus, & similibus, cum in re sibi prohibita consumat, magis clericus peccabit: licet Dominus Martinus Nauatr. summos Pontifices in musicis, dum cenant expendere posse, concedat, supta in xxxij. monito, sed ea nos omittamus: hoc autem verissimum est, me numquam in dicto libello de redditibus Ecclesiastic. laico clericum comparasse, & sanctus Thom. comparat patrimonialia clerici redditibus sui beneficij, non verò patrimonialibus laicorum, quidquid D. Martinus innoluat.

Quod verò sanctus Thomas teneat aperte 3
opinionem nostram prærer ea, quæ latissimè diximus in nostro libello de redditibus Ecclesiastic. in 2. part. in cap. 2. per totum, nunc vnico verbo ostendemus. nam in hoc solum versatur differentia inter Dominum Martinum Nauarrum, & me, quod ego assero, sanctum Thomam aperte velle illam portionem, quæ Episcopo suæ mensæ, vel clerico est applicata, per erectionem beneficij, esse totam liberam à lege iustitiæ, D. verò Martinus vult, solam illam partem esse liberam, quæ sibi est necessaria ad se sustentandum, reliqua verò iustitiæ legi esse obnoxia, vt pauperibus largiri debeant, sed *S. Thomas* expresse contrarium vult: nam *in quodlibet. 6. quæst. 7. art. 12.* ita dicit. Aliter " ergo dicendum est de illis Ecclesiasticis bonis, " quæ principaliter sunt attribuenda necessira- " tibus pauperum, & ex consequenti necessita- " tibus ministrorum, sicut sunt bona hospita- " lium, & aliorum huiusmodi, & aliter de illis " bonis, quæ sunt principaliter attributa vsibus " ministrorum: sicut sunt præbendæ clericorum " & alia huiusmodi, nam in primis bonis pecca- " tum committitur, non solum ex abusu, sed etiã " ex ipsa terum conditione: dum aliquis in suos " vsus assumit, quod est alterius: & ideò tenetur " ad restitutionem, tanquam defraudator rei a- " lienæ: in secundis verò bonis non committitur " peccatum, nisi per abusum, sicut & de bonis " patrimonialibus dictum est. vnde non tenetur " quis ad restitutionem, sed solũ ad pœnitẽtiam " peragendam. Hæc sunt verba S. Th. ecce quod

 dicit

dicit, sicut sunt præbendæ ministrorum: non dicit pars præbendæ, & ista verba sunt clara, nec recipiunt glossam, nisi quæ textum corrigat, item dicit in *quæst.* 185.2.2. *artic.* 7. peccare per abusum sicut de bonis patrimonialibus dictum est: vt peccet quidem si immoderata sibi retineat, & alijs non subueniat, sicut requirit debitum charitatis: ergo loquitur de superfluis, in quibus quoad legem charitatis dicit peccare, & non teneri ad restitutionem, vt expresse ex præcedenti distinctione apparet, & ita eum intelligit *Abulensis*, qui tenet nostram opinionem *super Matthæum, tom.* 3. *fol.* 29. & 30.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus in hoc monito plura eisdem verbis transcribit.*
2 *Per diuisionem, quæ erant communia, efficiuntur propria.*
3 *Intentio agentis debet iudicari secundum actus naturã.*
4 *D. Martinus multa capit ex libello D. Francisci, tacito authore.*
5 *Clericus ruinosam ecclesiam reficere tenetur.*
6 *De interpretat. cap. 1. & cap. de his. de Ecclesi. ædificand.*
7 *Hoc non efficit, clericos fructuum sui beneficij non esse dominos.*

1 IN XLI. monito R. D. Doctor Nauarrus totidem verbis transfert decem pagin. ex libro de redditibus Ecclesiastic. quæst. 1. numer. 32. pag. 37. vsque ad 47. à principio huius moniti, vsque ad pagin. 201. & postea vsque ad finem transcribit aliqua à nostro libello: sed his omissis in hoc monito, nos reprehendit, quod diximus diuisionem bonorum, & erectionem
2 præbendarum mutauisse priorem naturam bonorum Ecclesiasticorum, ita vt quæ prius erant communia, per diuisionem in parte clericis adiudicata efficiantur propria: quod Dominus Martinus reprobat ex satis vulgaribus fundamentis, scilicet, quod actus agentium non operentur vltra eorum intentionem, cum tamen intentio diuidentis semper sit, &
3 ob hoc fiat diuisio, vt quæ prius sunt communia, efficiantur propria, pro ea parte quæ cuilibet applicatur, quia hæc est diuisionis natura. argument. *l. si duo. ff. de acquir. hæredit.* quidquid D. Martinus dicat, quod elegantissimè explicat *Paulus iurisconsultus*, *in l. rectè dicimus. in §. Quintus, ff. de verbor. significat.* cuius verba sunt. Quintus Mutius ait, partis appellatione rem pro indiuiso significari. nam quod pro diuiso nostrum sit, id non partem, sed totum esse,] contrarium vult D. Martinus N. vt ea pars, quæ clerico ex diuisione contingit, non sua tota sit, sed tantum ea pars, quæ suæ & suorum sustentationi est necessaria: quod contra naturam diuisionis esse jam dicimus, & statim docebimus, & dictus textus expresse probat, sed quia D. M. N. in sequenti monito id examinat, nos ibi dicemus, nam huius libelli ordo est, ordinem D. Martini seruare.
4 Illud autem hic erit annotandum præcipuè quod D. Nauarrus ex nostro libello tacitè accipit inductionem legum singularium, quas nos adduximus in cap. 4. num. 10. part. 3. quod verò attinet ad interpretationem *cap. fin. de his, quæ fiunt à maior. part. Cap.* in quo D. Martinus insistit: latissimè, subtiliter, & nouè nos interpretati sumus in dicto libello in 3. part. in cap. 3. num. 8. cum sequentibus: cui text. D. Martinus num. 8. in isto monito xlj. dicit, se assignare pulchrum intellectum in summario, cum tamen nihil aliud dicat, quàm quod *Deci. & Abb.* qui an bene interpretati illum textum fuerint, in dicto loco libelli nostri videre licet. Sed quod ad rem de qua nunc agimus attinet, etiam si clericus reddituum sui beneficij dominus sit, non tamen vllus negabit, si abundet redditibus, & Ecclesia ruinam patiatur, posse compelli, subsidium Ecclesiæ præstare, vt *cap. de his, de Eccles. ædificand.* nec hoc efficit, quod 5
non sint fructus eiusdem rationis cum patrimonialibus, quia etiam ex istis, sicut & alij de Parochia compelli posset, ad subueniendum Ecclesiæ: vt per *Abbat. in cap. 1. de Eccles. ædificand.* de quo vide in cap. sequenti, sed maiori ratione ex Ecclesiasticis clericus compelli poterit: quia sicut donatarius donantem alere debet ex rebus donatis, si maxime indigeat, sub ingratitudinis pœna: vt notat *gloss. in l. final. in verbo voluerit, C. de reuocand. donat.* vbi *Ripa quæst.* 49. not. *Abb. & Imol. in cap. final. de donat. Bart. in tractat. de aliment. num.* 45. *Fab. in §. sciendum. final. colum. de donat. Hippol. singul.* 77. *Palat. Ruu. in rubric. de donat. inter vir. & vxor. §.* 70. *num.* 25. facit optimus textus in *cap. quicumque fidelium*, 16. *q.* 7. ita clericus tenebitur de bonis, quæ ab Ecclesia habet eidem indigenti subuenire: quod subsensit text. *in dict. cap. de his.* Et hic est verus eius intellectus, quod non efficit, vt dominus suorum fructuum non sit, veluti patrem teneri 6
ad subueniendum filio indigenti, non impedit quin suorum bonorum dominus sit, vt ad sensum patet, & probatur in *l. non vsque adeo. ff. si à parentib. quis fuerat manumiss.* Hæc enim D. M. N. argumentatio, tenetur in fabricam Ecclesiæ egenti subuenire clericus ex redditibus beneficij, ergo dominus fructuum non est, probabilis argumentatio, ac necessaria consequentia non est, sed falsa, vt suprà ostendimus. 7

SVMMARIVM.

1 *Ἀδολεσχία D. Martini Nauarri.*
2 *Hic repetit multa, & transcribit D. Martinus, & in monito præcedenti.*
3 *Diuisio ab onere reali non eximit.*
4 *Pauperum appellatione in hac materia veniunt omnia pia opera.*
5 *Diuisio eximit ab onere reali, si ratione illius oneris cum eo, cuius fauore onus est constitutum, fiat.*
6 *Diuisio cum pauperibus facta, non fuit administrationis, sed vtilitatis gratia.*
7 *Administratio partis pauperum remansit, vt prius ante diuisionem.*
8 *Quod clericus reficere teneatur Ecclesiam, non efficit, quin sit dominus fructuum.*

1 IN XLII. monito, quod sub præcedenti qui-
dem, si D. Martinus voluisset, comprehendi
poterat, reprehendit nos dixisse, quod cum ti-
tulus diuisionis sufficiẽs sit, ad dominium trãs-
ferendum: vt id quod priùs erat commune
per diuisionem in parte contingenti, pro-
prium efficiatur: & ita per diuisionem clericus,
fructuum partis sibi obtingentis, tamquam
dominus possit disponere. nam dicit, quod
huic argumento, licet ego dissimulauerim, ipse
se satisfecisse respondet, in suo libello de red-
2 ditibus Ecclesiasticis, 1. quæst. numer. 32. cum
multis sequentibus, sed nunc dicit, se formali-
ter respondere velle: quod antecedens, scili-
cet, quod titulus diuisionis transfert domi-
nium, intelligatur de dominio illius speciei,
cuius ante diuisionem dominium erat: nam si
dominium in communi erat directum, per di-
uisionem transfertur directum, si vtile, vtile: &
eadem ratione, si dominium erat oneratum
onere pensionis, vel census, cum eis per diui-
sionem transfertur, in quo D. Martinus opti-
3 mè dicit, & probatur in *toto titulo, C. sine cens.
vel reliq. fundum vendi non posse*: quia (vt vulgate
est) res transit cum onere suo, tunc sic argu-
mentatur D. Martinus, posito sine præiudicio
veritatis, quod dominium bonorum Eccle-
siasticorum fuisset commune Episcopo, fabri-
cæ, clericis, & pauperibus: cum tamen illa om-
nia ante prædictam diuisionem eis essent ita
communia, vt omnia quæ superessent mini-
stris honestè sustentatis, pijs operibus eroga-
rentur, quod me fateri inquit: ergo per diuisio-
nem non fuerunt à prædicto onere liberata:
sed D. Doctor occultè fallaciam infert, & quod
ipse sæpius fatetur, nunc quodammodò subti-
cet. nam significat, esse quinque personas, &
inter quatuor tãtum fieri diuisionem, & quin-
tam, scilicet pia operá remanere sine parte:
cum tamen ipse aliás dixerit, & verum sit, pau-
4 perum appellatione, in hac materia, omnia pia
opera contineri: & sic ipse asseruit in suo libro
de redditib. Ecclesiastic. & sese ipse allegat su-
pra in ista Apologia, monito xxvij. in princip.
vbi idem probat: non igitur sunt quinque per-
sonarum species, sed quatuor: & inter has om-
nes quatuor est facta diuisio, nunc ad argu-
mentum, diuisio fit, remanente onere priori:
dico falsum id esse, quando ratione illius prio-
5 ris oneris datur pars in illa re, quia tunc per di-
uisionem fit pars libera, vt si exempli causá, Ti-
tius & ego possidemus fundum pro indiuiso:
qui fundus in decem singulis annis est Sem-
pronio censualis: si ego, & Titius soli diuidi-
mus, non liberamur à Sempronio, sed si Titius,
& ego, & Sempronius, ratione sui census, vo-
catus in diuisionem, diuidimus, ita vt ratione
sui census habeat fundi tertiam partem Sem-
pronius, sicut & Titius, & ego, pars nostra libe-
ra à Sempronio remanebit: ergo cum diuisio
fuerit facta cum pauperibus, Episcopo, cleri-
cis, & fabrica, partes suas liberas à pauperibus,

quoad legem iustitiæ, clerici possidebunt, &
ita detegitur fallacia D. Mart. Nauarr. qui per-
sonarum quinque species constituerat, vt v-
nam possit dicere non fuisse vocatam ad diui-
sionem, cum tamen id ex suamet doctrina fal-
sum apertè sit: sed intelliget D. M. N. quam fa-
cile nouus hic author (sic enim me appellat)
huiusmodi argutias, & sophismata deteget, &
ita D. Martinus male hoc argumentum se tor-
quere dicit.

Secundo modo etiam respondet, negando
minorem, scilicet, quod Episcopi, & clerici es-
sent ante diuisionem domini, sed œconomi,
& administratores: & hac ratione, causá tol-
lendi occasionem rixarum, factam fuisse diui-
sionem: sed hæc responsio nihil obstat, nec
soluit argumẽtum: nam in primis ab ipso quæ-
ramus, an diuisio facta cum pauperibus, & fa-
brica sit facta ratione œconomatus, & admi-
nistrationis, an post diuisionem sunt pauperes 6
effecti œconomi, an potius fuerit diuisio facta
ratione ratione vsus, & comestionis, & vtilita-
tis gratia. nam sicut fuit pars pauperum diuisa
ob vtilitatem & comestionem, vt eam non de-
berent communicare vsibus clericorum: ita ea
pars, quæ fuit assignata clericis, & Episcopo, li-
bera est assignata à pauperibus, alioquin diui-
sio esset leonina, & iniqua. vt in *l. si non fuerint, in
§. fin. ff pro soc.* quinimò pars quæ contingit pau-
peribus, & illa, quæ contingit fabricæ, in admi-
nistratione Episcopi remansit. vt in *c. quatuor,* 7
& cap. concesso, & cap. Vulterana, cum alijs 12. q. 2.
ergo diuisio non fuit facta cum pauperibus,
& fabrica, ratione administrationis, ad sedan-
das rixas inter Episcopos, fabricarios, & elee-
mosynarios, contra id quod D. M. N. dicit in
monito xlj. cum remanserit eadem administra-
tio post diuisionem, quę erat antea, sed ratione
vtilitatis, & vsus, fuit facta diuisio: ergo post
diuisionem, quoad legem iustitiæ, in aliorum
partibus nullam possunt prætendere vtilitatẽ,
sicut neque alij in parte sua. nam vna eadem-
que diuisio non debet diuerso iure censeri, vt
dict. text. *in c. cognouimus,* 12. q. 2. & quod ipse in
monito sequenti xlij. dicit, partem pauperum,
& fabricæ non remanere magis liberas, quia si
portiones Episcopi, & clericorum ita extenua-
rentur, vt nõ possent ali, possent ex partibus il-
lis assumi supplementũ, non obstat: quia quo-
ad pauperum partem attinet, non mutatur eius
vsus, si pauperi clerico, vel Episcopo erogetur:
sed quoad hanc partem & alias generaliter
respondeo hoc non efficere, vt simpliciter non
dicantur liberæ, sicut de portione clerici dixi
in cap. præced. qui compelli potest, ad reficien-
dum Ecclesiam collabentem, ita etiam posse
superiorem partem fabricæ, ex ista causa pauper-
tatis, clericis applicare: interim tamen, dum non
applicatur, non ipso iure pars illa huic oneri e-
rit obnoxia: ex quo apparet ex lege iustitiæ,
non esse talem naturam inductam, alioquin
nulla superioris applicatio requireretur, cum

tamen factum superioris, cum maiori parte
Capituli, ad hoc desideretur: vt in *dict. cap. fin.
de his, quæ fi. à maio. part. Cap.* ante verò quàm id
faciat superior, onus illud non est, ipso iure per
legem iustitiæ, partibus illis iniunctum. post
impositionem verò legitimam non esset du-
bium. nam si Ecclesia statueret, vt quilibet be-
neficiatus decimam pauperibus solueret, ad
id, ex lege iustitiæ, teneretur, sicut de quarta,
quæ Catholico Regi nostro soluitur, dicere
possumus: item Parochiani tenentur, & cleri-
co egenti, & Ecclesiæ labanti de suis bonis pa-
trimonialibus subuenire, vt notat *Abb. & alij in
cap. de Eccles. ædificand.* diximus in nostro libello
3. part. cap. 4. num. 12. bona tamen, ex sua na-
tura, non ideò minus sunt libera, etiam si ad id
dominus compelli possit, eademque ratione
8 fructus clerici, quos colligit ex suo beneficio,
vt in cap. præcedenti diximus: nam hæc quasi
necessitas quædam extrema est, ad quam sub-
leuandam nullus excusari debet: & ita rema-
nent valida nostra argumenta solutionibus
D. Martini reiectis.

Nam in eo quod D. Martinus in præcedenti monito, nu. 2. dicit, ob alium finem, scilicet ad sedandas discordias, quas communio excitare solet, facta fuerit dicta diuisio: vt in *l. cum pater, in §. dulcissimis, ff. de legat. 2.* errat, dum putat, quãdo ob eam causam diuisio fieret, veram diuisionem non esse, neque parere veræ diuisionis effectus, quod falsum est, vt ad sensum patet, & probatur expresse in *l. si conuenerit, in fin. ff. pro soc.* quod vero dicit administrationem tantum diuisam, suprà reprobatum est, & ostensum, esse falsum: cum pars pauperum & fabricæ remanserit, vt prius, in administratione Episcopi.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martin. transcribit multas paginas, vt solet.*
2 *De intellect. cap. 1. de cleric. non residentib. lib. 6.*
3 *Noua inductio illius textus.*
4 *Argumentum à contrario sensu aliquando est necessarium.*
5 *Dominus est, ergo potest alienare.*

IN XLIV. monito, D. Martinus Nau. vbi tran-
scribit multas paginas ex suo libro de reddi-
tibus Ecclesiastic. in 2. quæst. num. 14. à princi-
pio, pag. 176. vsque ad 181. admistis quibusdam
1 nostris allegationibus, agit de intellectu *cap. 1.
de clericis non residentibus lib. 6.* quem nos pro no-
stra opinione allegauimus: vbi probatur, cano-
nicos residentes fieri dominos distributionum
quotidianarum, canonicatuum, seu beneficio-
rum suorum, quod argumentum ipse (vt ver-
bis suis vtar) neruosius se proposuisse ait in
suo libro de redditibus Ecclesiasticis, & eo-
dem modo nunc proponit, vt modo suo sol-
uere possit: ego verò modo meo proponam, vt
2 ipse aliquod sibi responsum reddat, & in pri-
mis ab eo quæro, [illegible] probetur, canoni-
cos, & alios beneficiatos [illegible] entes dominium
quotidianarum distributionum consequi in il-
lis verbis: Qui verò aliter (scilicet, non residen-
do, vel assistendo diuinis officijs) de distribu-
tionibus ipsis quicquam receperit, rerum sic
receptarum dominium non acquirat, nec fa-
ciat eas suas, &c. Si dicat D. Martinus hoc pro-
bari apertè, destruet omnia à se dicta, cum af-
firmet, etiam post erectionem beneficiorum,
clericum non esse dominum fructuum sui be-
neficij, sed administratorem: cum inter distri-
butiones quotidianas, & alios fructus non esse
differentiam, ipse fateatur, in suo libro, in q. 1.
num. 74. & sequetur etiam: si domini sunt, er-
go cum ab Ecclesia in erectione beneficiorum
onus non sit impositum, erunt fructus liberi,
quoad legem iustitiæ, sed ipse potius negat, ibi 3
probari esse dominos: ideò nos illum textum
sic inducimus. textus ille clericis non residen-
tibus imponit pœnam, vt nõ fiant domini dis-
tributionum quotidianarum, ergo residendo
efficiuntur domini: alioquin ineptum esset im-
ponere in pœnam id non residentibus, quod
commune esset residentibus, & non residenti-
bus. nam quod ipse D. Martin. dicit, sumi istud
argumentum à contrario sensu, ideò esse inef-
ficax, ego isto modo induco, non à contrario
sensu, & hæc inductio probatur expresse in *l.
1. in fin. ff. ad municipal.* Item à contrario sensu ne- 4
cessarium est omnino argumentum, quando,
si non assumeretur, esset dispositio in ea parte,
à qua argumẽtum sumitur superuacanea, qua-
lis esset in *dicto cap. in illa pœna, quæ non residenti-
bus imponitur.* scilicet, ne domini efficiantur, &
in hac specie adeò argumentum à contrario
sensu est necessarium, vt etiam si inducatur iu-
ris prioris correctio sumendum sit: ad hæc non
est opus multis allegationibus vti, cum sit vul-
gare, & per *Euerard. in suis topic. legali. in argu-
mento à contrario sensu. column. 5. cum sequentibus.*
latissimè tradatur. probatur ergo ibi necessa-
riò, quod clerici sunt domini reddituum be-
neficiorum suorum: & vult apertè *S. Thomas*
loquendo de Episcopo in *opuscul. 18. de perfectio.
vitæ spiritual. in cap. 18.* ibi, Non solum dispensa-
tor fructuum, sed dominus fiat eos lucrifa-
ciens. Nec obstat *concilium Tridentinũ*, per quod
contrarium esse de fide asserit D. Martin. quia
iam concilio satis respondimus supr. circa mo-
nitum xxiij. ideò hic non repetemus, licet sæ-
pissimè id repetat R. D. M. N. ad id verò quod
inquit: nam sequitur, est dominus clericus
fructuum sui beneficij, ergo potest de illis dis-
ponere, vt apparet ex multis legibus, quas nos
cumulauimus in libello nostro, in 4. parte, in
cap. 6. numer 11. quarum aliquas ipse allegat,
dicimus, quod consequentia est necessaria: 5
dominus est, ergo potest alienare, ex natura
dominij, nisi extrinsecus aliqua iusta causa a-
lienationem impediat, cum ergo hæc causa in
dictis redditibus non reperiatur, nec ex diui-
sione, nec ex beneficiorũ erectione, sed potius
ex eis concedatur dominium, cũ hæc sit earum
natura, vt supra ostensum est circa monit. xlj.

Ergo

Ergo liberi sunt dicti fructus, qui ex beneficijs colliguntur, quoad legem iustitiæ: & ita sine obligatione restituendi, poterunt alienari.

SVMMARIVM.

1 *Ius disponendi de redditib. Ecclesiast. prouenit à dominio in eis, qui sunt capaces dominij, in alijs ex iure administrandi.*

1 IN XLV. monito D. Martinus me reprehendit, quod dixerim, facultatem impendendi redditus Ecclesiasticos dominio inniti, quod habent beneficiati. nam, inquit, beneficiati regulares, & monachi Episcopi eodem modo, & tam liberè possunt impendere fructus suorum beneficiorum, quàm seculares beneficiati, ex doctri. Cardin. millies ab eo allegata, cui neminem ait contradicere: sed regulares nō possunt dominium habere: ergo non fundatur ius disponendi in dominio. Ad hoc argumentum ego respondeo, primò, falsam esse hanc doctrinam Cardinalis quam D. Martinus, tamquam regularis toties inculcat, & commendat, vt latiùs diximus suprà circa monitum xj. quæ hic non repetemus: præterea dicimus, in habentibus dominium quales sunt sæculares clerici, quoad redditus beneficiorum, de quibus loquuti sumus, ius alienandi, & disponendi prouenire, & dimanare à dominio: vt ostendimus in monito præcedenti, in his verò, qui tantum administrationem habent, illos solum speciebus, quibus possunt alienare ab administratione proficisci, vt in tutore contingit, & ita hæc reprehensio D. Martini refellitur.

SVMMARIVM.

1 *De interpretatione cap. peruenit, de fideiussoribus.*
2 *Solutio D. Martini, quam ipse plurimi facit, nullius momenti est.*
3 *Donatario non debet posse soluere clericus, cum teneatur donatarius restituere.*
4 *In sustentatione non venit, vt debita debeant solui.*
5 *Si debitum est ex causa lucratiua, exceptione repelli creditor potest, secundum opinionem Archidiaconi.*
6 *D. Martinus res leuissimas narrat, vt mirabiles.*

1 IN XLVI. monito, D. Martinus N. nos reprehendit circa interpretationem textus, in *c. peruenit, de fideiussorib.* in quo probatur: si clerici ære alieno grauati reperiantur, debere satisfieri creditoribus de fructibus beneficiorum: quod probat eos esse dominos. nam si administratores tantum essent, non possent debita administratoris solui ex domini bonis, vt in *l. id quod pupillorum, ff. de compensationib.* Item si pauperes sunt creditores ex lege iustitiæ, vt ipse D. Martinus voluit, nullus potest esse antiquior illius rei creditor ipsis pauperibus: cum pauperum creditum cum ipsa re ortum sit, vt latius diximus in dicto nostro libello de redditibus Ecclesiastic. in 4. part. in cap. 1. num. 1. cum sequentib. quod argumentum adeò validum est, vt nullus scribentium, qui opinionem contrariam secuti sunt, illi textui conuenientem responsionem dederit: hæc est nostra noua illius text. singularis, & subtilis inductio. licet D. Martinus dicat, se neruosius inducere: quam inductionem apud ipsum legere licet: addit præterea se veram solutionem dedisse in libro suo de redditib. Ecclesiastic. in quæst. 2. numer. 35. ac nescire se, quare ipse dissimulauerim, nisi quia fortè mihi deerat replicatio contra solutionem, quam dicit omni legi, & consuetudini consonam: sed vt meæ dissimulationis rationem reddam, id meum consiliū fuit: quia nec tunc animus mihi nec mens D. Martinum reprehendendi erat: at verò nunc adeò vrget, vt animo libētissimo inseruiendum, eique satisfaciendum putem: inquit enim beneficiatum qui non habet alia bona, ex quibus suis creditoribus soluat, esse vnum de pauperibus, ideò solutionem æris alieni ab eo contracti in pauperes erogationem censendam esse: ipsumque beneficiatum, tamquam suorum reddituum distributorem posse, ex his quæ supersunt sibi, tamquam pauperem capere: vnde sua debita tamquam debita pauperis soluat.
Hæc est solutio D. Martini, suis ferè verbis re- 2
lata: quæ falsa omnino est, & reiicienda. nam falsum est: & à sensu communi maximè alienum: vt dicatur, fieri eleemosyna pauperi, si detur ei pecunia, vt suo debitori diuiti soluat: hoc enim est dare diuiti, qui exigere non valebat. nam ei datum videtur, cui vtilitas acquiritur, vt in *l. si extraneus, ff. de iure dot.* optimus textus in *l. seruo legato, in §. si testator, ff. de legat. 1.* cum alijs, quæ allegauimus in nostro libello de redditib. Ecclesiast. in part. 1. in cap. 1. num. 16. Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam aduersarij inanis actio est.] inquit *Caius in l. nam is, ff. de dol.* & probatur in *cap. olim, de restit. spoliato.* maxime autem hanc non esse eleemosynam apparebit, si debitum sit iniuste contractum, in qua specie loquitur D. M. N. cum in isto XLVI. monito, in numer.
4. dicat, posse beneficiatum tamquam paupe- 3
rem, debita sua, etiam iniuste contracta ex redditibus sui beneficij, si alia bona patrimonialia non habet, soluere: quod etiam repetit in 2. quæst. in numer. 1. in fin. Præterea textus non distinguit inter credita ex causa lucratiua, vel onerosa: ergo si ex donationis causa 100. promisit Titio clericus, qui Titius diues erat, secundum D. Martinum, Titius non existens pauper, non potest recipere à dicto clerico, cum bona conscientia, ista centum: imò tenetur ad restitutionem, secundum eundem D. Nauarrum, in dicto libro de redditib. Ecclesiasticis in quæst. 2. in primo corollario, multo igitur minus potest exigere, vel accipere, cum videat beneficiatum de fructibus beneficij necessario, cum alia bona non possideat, soluere
debere: & ita qui ad restitutionem tenetur, si 4
reciperet, multo magis exceptione repelli poterit; vt in *l. inuitus, in §. cui damus. ff. de reg. iur.*

& l. 1. ff. de superficieb. & tamen non facilè dicentur iniustè debita contracta, nisi ex causa lucratiua, vel quasi lucratiua fint: de quibus quasi lucratiuis loquitur text. & doctores, in *l. apud Celsum, in §. authoris, ff. de dol. except.* & ita solutio D. Nauarri non potest esse vera: nec enim possumus dicere sibi sumere illos fructus, sed creditoribus: creditores autem potiores sempe sunt pauperes, si creditores sunt ex lege iustitiæ, vt D. Mar. Nauarrus vult: cum non ad soluendum debita, sed ad alimenta petant, denique hæc nostra opinio contra D. Martin. probatur, quia in sustentatione non venit soluere debita contracta: & in hac specie habemus text. expressum, qui omnino intelligentiam D. Martini labefactat, in *l. si quis à liberis, in §. si mater, in fin. ff. de liberis agnosc.* vbi inquit *Vlpian.* Parens quamuis ali à filio ratione naturali debeat: tamen æs alienum non esse cogendum exsoluere filium rescriptum est. nam ille qui alere alium, & subire eius onera debet, non tenetur soluere debita: vt ibi probatur *iuncto §. non tantum* eiusdem legis. facit *l. maritus, ff. solut. matrim. & in l. sunt, qui in id, ff. de re iudic. & in lege inter eos, in §. sed etsi cum patre*: & ita si solum sibi necessaria clericus assumere posset & dominus non esset, non posset assumere ad debita soluenda, maximè iniustè contracta, & ita falsa est interpretatio D. Martini.

5

6 Vltimo considerandum est, quod D. Martinus, velut maxima admiratione dignum refert & affirmat, Doctorem de Tapia, qui vir doctissimus fuit Salmanticæ insignitum duplici doctoratu in iure canonico, & ciuili, in eoque solo hoc visum esse à tempore immemoriali, idque constantissime affirmat, cum tamen notissimum sit, Doctorem de Leone vtriusque iuris insignia adeptum fuisse, quod an pluribus alijs contigerit, non satis exploratum habeo, neque enim in re tam inutili perquirenda, & quæ parum cognitione sit digna, inuestiganda, curiosus fui.

Quod attinet ad XLVII. monitum, idem dicendum est, quod in præcedenti diximus: ne sæpius eadem repetendo, in idem vitium, quo maxime D. M. laborat, incidamus.

SVMMARIVM.

1 *De intellectu extrauagan. suscepti regiminis.*
2 *Intellect. Zenzelini diuinat, ideò verior est Ioan. Andrea intellect. quem probat consuetudo.*

1 IN XLVIII. monito D. Martinus N. transfert ea omnia, quæ dicit ab illa 3. q. per cum allegata, & agit de intellectu *extrauagantis suscepti regiminis.* in qua ipse sequitur interpreta-
2 tionem Zenzelini, quæ non parum diuinationis habet: nos vero Ioann. Andreæ, quæ maxime verbis illius extrauagantis conuenit: quarum vtra verior sit, est inter nos controuersia, sed opinionem Ioan. Aud. veriorem ego puto: quia & textui magis conuenit, & de consuetudine seruatur. nam cum in Hispania in multis Ecclesijs Cathedralibus sit consuetudo, vt fructus dimidij anni pertineant ad defunctum cũ reliquis bonis, illos capiunt, vel hæredes ex testamento, si testatus fuit clericus, vel venientes ab intestato, siue sint diuites, siue pauperes, vt diximus supra in principio huius tractatus, & ita consuetudo non restringitur, vt ad causas pias id erogetur: sed nulla adhibita distinctione, hos redditus hæredibus beneficiati defert, secundum Ioann. Andreæ opinionem, contra Zenzelinum.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus vtitur nostro argumento in alio loco, quod hic reprobat.*

IN XLIX. monito non placet D. Martino N. simile seu argumentum, quod nos adduximus, scilicet si miles stipendium, quod sibi datur facit suum, etiam si sit abundans, quare nõ idem in clerico dicemus? quia dicit, militem liberum habere stipendium, clericum verò suã partem oneri subiectam post diuisionem, sicut antea per ea, quæ ipse dixit supra monito xxvij. sed latius id nos reprobauimus sup. circa monitum xlij. & hoc argumento vtitur: text. in *cano. Apostolo.* 40. & *Apostolus* inquit, Quis militat suis stipendijs vnquam?

Quòd verò contemnit argumentum, quod fecimus, de beneficio tenui ad pingue: si nobis concedit dominium redditũum tenuis beneficij, nedum administrationem ad clericum pertinere: quid argumentum efficiat, forsan intelliget melius: item hoc nostro argumento ipse vtitur monit. lxxxj. pag. 371. versi. 6.

SVMMARIVM.

1 *De consuetudine testandi, quoad clericos. attestantur gloss. & Doctores.*
2 *Et obseruatur in Francia parlamento Regio secundum Aegidium.*
3 *D. M. N. semper fuit versatus in scholis.*

IN L. monito D. Martinus Nauarr. dicit, nullibi gentium esse consuetudinem, vt clerici testentur, quod millies repetit, vt infra in ista sua apologia pag. 530. & in suo lib. de redditib. Ecclesiast. Et his trib. sequentib. monitis: cùm, tamen *Ioan. Andr. & alii* dicant, clericos habentes beneficia sine administratione, de redditibus eorum posse disponere in vita, & in morte, de generali consuetudine: dicit enim in *glos. in cap. præsenti. de offic. ordin. lib. 6.* si verò sit clericus non habens administrationem, sed personaliter, & in morte comparatur vsufructuario, quantum ad faciendum fructus suos, & de ipsis potest testari: & infrà probatur satis ista distinctio, supr. *de testament. requisisti, §. illud.* & consuetudo generaliter quasi vbique eam approbat. Transcribo verba gloss. quia refragantibus omnibus D. Martinus in nullo tribunali,

sed

sed in scholis semper versatus, consuetudinem
negat: quam post dictam gloss. ibi *Domi.* refe-
rendo *Io. de Lignian.* fatetur *Cardi. & alij in cap. si.*
de peccul. clerico. in 2. colu. dicunt, hoc multum in-
ualuisse: & *Aeg. di. de Bellamer. in cap. cum venera-*
bilis, de exceptioni. num. 47. versiculo secundo, dicit,
2 in parlamento Regio obseruari dictam con-
suetudinem: de qua suprà latiùs diximus, & to-
tius Hispaniæ consuetudinem ostendimus, ibi
videri poterit: quare hoc solum referam, quod
D. Martinus inquit, quod ab infantia studijs li-
terarum dedicatus, quasi eas fugientes sequés,
3 quod de Pythagora & Platone *Diuus Hierony-*
mus dixerat, peregrinatus fuerit: subdit etiam,
& quamuis à quinquaginta annis, aut amplius
„ de iure consulor, non memini vsquam videre
„ consuetudinem, &c. Vt sæpius supra diximus
R. D. Martinus N. est vir eruditione insignis, &
semper in scholis versatus, neque ea quæ ad
forum pertinent tractauit aliquando: sed vt
vir religiosus optimè semper in Theologicis
versatus est: in quibus omnes sui temporis ca-
nonistas excelluit.

SVMMARIVM.

1 *Consuetudo vt clerici testentur est nota Pontificibus.*
2 *Scientia officialium, habetur pro scientia principis.*
3 *Decisio Rotæ probat istam consuetudinem testandi.*
4 *Tolerantia sola excusat à peccato, vel permissio.*

IN LI. monito D. M. N. iterum, atque iterum,
negando consuetudinem, quam supra pro-
bauimus, reprehendit nos, quòd diximus,
eam notam fuisse sedi Apostolicæ, quod mani-
festum est, cum multi ex Pontificibus litera-
rum cognitione fuerint clarissimi: qui potue-
runt videre glos. Ioan. Andreæ, & alias docto-
rum attestationes: & quod fortius est, clericis
Romanis ius testandi, etiam extra terminos di-
ctæ glossæ concesserunt, vt dictum est: itē con-
suetudo Hispaniæ notissima est Pontificibus,
qui sciunt, nihil per collectores suos de spolijs
clericorum, qui non sunt Episcopi, sed tantum
de Episcoporum spolijs sibi afferri, & quare ni-
hil inferant eorum, satis intelligūt, scilicet quia
clerici Hispaniæ liberè testantur, & ab intesta-
to eis succeditur: & ita non potest dici Pontifi-
ces ignorasse Hispaniæ consuetudinem: maxi-
1 mè quia sui officiales, Nuncij, Legati, & Col-
lectores in Hispaniam missi hoc vident, & ho-
rum legitimorum officialium scientia Princi-
pis, qui ab eis scire præsumitur, reputatur, se-
cundum *Bar. in l. si publicanus. in §. fin. in num. 1. ff.*
2 *de publica. & vectigal.* Nam, vt inquit *Vlpianus,*
Scientiam eam obseruandam Pomponius ait,
quam quis per se, vel per alios ad sequi potuit.]
in *l. 2. ff. quis ordo in bono. poss. seruetur.* Facit textus
in l. de pupillo. in §. nuntiationem. in fi. ff. de noui operis
nuntiatione. facit text. in *l. Municipes intelliguntur*
scire, quod sciant hi, quibus summa reipublica commis-
sa est, ff. ad municipal. & est in argument. text. in
l. vsu retinetur. ff. quemadmodum serui amittant. Et
ita consuetudinum harum Pontifices non
fuerunt ignari.

Nec obstat, quod D. Martinus dicat, suam
opinionem, (scilicet non esse notam Papæ, si
qua esset, dictam consuetudinem) comproba-
ri ex eo: quia *decisiones Rotæ 1. de solutio. in antiq. &*
41. *de proba.* id satis significant: quia dicunt, Be-
neficiati mortui ab intestato bona intuitu Ec-
clesiæ quæsita, ad Ecclesiam, & non ad hęredes 3
pertinere: quia dico decisione Rotæ, quæ facit
ad propositum illa scilicet de probatio. probari
opinionem meam: nam sequitur distinctionē
Hostiens. Loquendo enim de beneficiato, qui
non habet administrationem, dicit, quòd om-
nes illos fructus, & prouentus perceptos in vi-
ta adeò facit suos, quòd potest testari de illis.
Hæc sunt verba decisionis: & quòd subiungit
dicta decisio, in quo facit vim D. Martinus sci-
licet & nisi testetur de illis, ab intestato succe-
dit Ecclesia: hoc licet D. Martinus non vidit,
facit pro opinione nostra, quia est secundùm
consuetudinem, quam testatur *Ioann. Andreas,*
• scilicet quòd testentur clerici, non habentes
administrationem, sed ab intestato eisdem mo-
rientibus non succedant cōsanguinei: ea enim
consuetudo succedendi ab intestato non est in
Italia, licet sit in Hispania: & ita in sacro audi-
torio Rotæ nota erat illa consuetudo, de qua
loquitur Io. Andr. & sic omnia, quæ D. Mar-
tinus allegat, faciunt contra ipsum, cum ex eis
constet de approbatione dictæ consuetudinis:
quinimò etsi non esset tanta approbatio, sed 4
sola permissio, illa excusaret à peccato: sicut de
libello repudij in lege veteri, dicit *Chrysosto.* A „
peccato abstulit culpam legislator, quando „
permisit repudium. Qui etiam dicit, quòd sicut
Apostoli permiserunt secundas nuptias, ita
Moyses permisit libellum repudij, ita *D. Chry-*
sostom. in homel. 21. ex varijs Matth. locis in inuentio-
ne S. Crucis, de quo per *S. Thom. in additio. ad ter-*
tiam partem. quæst. 67. artic. 3.

SVMMARIVM.

1 *In Clericis Ecclesia non dissimulat peccata.*
2 *Id apparet in vsuris, & concubinatu.*
3 *Intellect. cap. cum iam dudum. de præbend. quem non intellexit D. Martinus N.*
4 *Clerici per canones Apostolicos propter fornicationem deponebantur.*
5 *D. Martinus malè intelligit regulam de triennali.*
6 *Non est verum Ecclesiam iniustas res iudicatas tueri.*
7 *Nec etiam iniustos possessores defendere.*
8 *Non potest dici consuetudo corruptela, quando in iudicijs, & tribunalibus sedis Apostolicæ de ea passim ius redditur.*

IN LII. monito D. M. N. magnopere nos re-
prehendit, quod constituerimus differen-
tiam inter laicos, & clericos, *& quòd dixeri-
mus, in personis Ecclesiasticis (licet in laicis sæ-
pe dissimulet) numquam Ecclesiam dissimula-
re peccata, idque cōstantissimè affirmauimus:
& nunc affirmamus: quia nihil D. Martinus ad- 1

ducit, quòd nos ab opinione nostra debeat diuellere: nam vsuras laicis dissimulatione esse permissas, longo tempore intelligimus: vt ex
2 *titulo. C. de vsuris*, potest comprehendi: numquam tamen hoc in clericis dissimulatū fuisse dicemus: concubinatus etiam fuit in laicis impunitus: vt ex *titu. de concubinis. C. & ff.* apparet: at clericis semper prohibitus fuit, ob idque pœna illis imposita: vt *c. si autem clerici, de vita, & honesta. clerico.* & per omnes text. illius tituli: & quod D. Martinus dicit, nostram opinionem refelli per *cap. cum iam dudum. de prebend.* vbi ponitur illa vulgarissima regula, Multa per patientiam tolerantur, quæ si deducta fuerint in iudicium, exigente iustitia, non debeant tolerari,]pace eiusdem, nihil facit. Loquitur enim
3 ille text. de casu particulari Titij, vel Sempronij, vt ex serie capituli apparet: nos verò loquimur in vniuersum, loquendo de nostra consuetudine vniuersali totius Hispaniæ, quam nos & timus existere, & de illa, quam in Italia, & Francia Doctores asserunt stare: & ita iterum affirmamus, nullo vnquam tempore Ecclesiam tolerasse, vt clerici concubinas haberent, aut vt illis ad alias meretrices impudenter accedere, aut fœneratores esse liceret: itavt neque de vsuris, neque de fornicatione, vel concubinatu, clerici possent accusari, vt in laicis contra obseruatum est: deponebatur enim presbyter
4 propter fornicationem, ex *canone Apostolorum* 24. vt dicemus infra circa monitum lxvij. quod licet mutatum fuerit quoad pœnam, non tamen sine pœna remansit vnquam, neque impunitum: an autem possit dici, quòd clericus committat simplicem fornicationem, vel potius sacrilegium, vel incestum examinauimus in nostris Selectis interpretationibus in lib. 1. cap. 5. in num. 9. vbi omnino videatur. Non autem dico de omnibus clericis supplicium fuisse sumptum, & cum nullo dissimulatum: nam non loquimur in his speciebus, de quibus loquitur text. *in cap. cum i. mdudum*, sed de ea dissimulatione agimus, quæ impunibile factum, vt sic dicam, in vniuersum efficit: at, consuetudo nostra ita tolerata est in vniuersum, vt hac ratione non solum dissimulatum fuerit, sed ius publicè redditum: ergo ex regula nostra, non est talis hic actus testandi liberè de fructibus Ecclesiasticis: vt consuetudine legitimè induci non possit: alioquin Ecclesia non dissimulasset, vel potius ius ex dicta testandi consuetudine non reddidisset, sicut singulis diebus reddit: & hoc fundamentum est ita solidum, vt nulla possit calumnia labefactari, licet vim nostri argumenti D. Martinus non intellexerit.

5 Alia autem quæ D. Martinus opponit, leuiora sunt, neque aliqua confutatione indigent, nam quod dicit de regula de triennali, per eam defendi iniustos possessores triennales falsum profectò est: cum possint ordinarij, imò debeant eos abijcere, si legitimum titulum suæ possessionis non ostendant: vt est vulgatum: vt per *Felin.* post alios *in cap. licet Heli. num. 11. de simoni. Sarnens. super eadem regula. q.* 58.

Et quod res iudicatas iniustè ab Ecclesia defendi, dicit, nihil est: quia cùm pro veritate habeantur, non potest constare Ecclesiæ iniustas esse, vt in *l. res iudicata ff. de regul. iur.* Nam si verè constaret, retractarentur, neque eas Ecclesia defenderet, vt in *l. Diuus Adrianus. ff. de re iudicat. & in l. 1. in fi. ff de quæstio. in* §. *si quis vltro. vsque ad finem.* facit text. in *l. Diui fratres. ff. de pœni.* 6

De spoliatis autem, quos Ecclesia restituit, etiam si iniustè possideant: id efficit Ecclesia, quia in illo iudicio momentario non de iniustitia possessionis cognoscitur, quæ ex multis posset iustificari: sed id in petitorij iudicio videndum est, quod possessorium absorbet: vt in *cap. cum dilectus, de causa poss.* & ordinarij post restitutionem factam, ex officio, iniustum reijcient possessorem, vt quoad regulas de triennali dictum est: non est ergo verum Ecclesiam cum iniustis possessoribus dissimulare, sed an sint iniusti, vel non, ad iudicium petitorij remittit, propter spoliantis delictum. 7

In LIII. monito D. Martinus N. de eadem re, & consuetudine agit: dicendo, non esse consuetudinem, sed corruptelam: nos verò, cum Ecclesia in suis iudicijs eam admittat, & secundùm illius terminos ius reddat, vt in præcedenti diximus, non possumus ei hoc nomen imponere: cum passim, vt diximus, clerici liberè testentur, & quidem sine reprehensione, quod secundùm Quintilianum, veram efficit consuetudinem. 8

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus Nauarrus dicit duo, in quorum primo nobis imponit: secundum verò facit pro nobis.*
2 *Verba referantur ad literam, vt ostendatur falsum esse, quod D. Martinus dicit.*
3 *Commendatores, si non sunt personæ Ecclesiasticæ, non sunt de quatuor personis, inter quas bona Ecclesiastica debent distribui.*
4 *Si Papa potuit ab omnibus istis quatuor personis eximere bona Ecclesiastica, ergo per erectionem beneficiorum à tribus.*
5 *Si Papa potest, ergo & consuetudo antiquissima, imò minoris temporis, eam sciente ipsius.*

IN LIIII. monito D. Martinus N. refert octo, quæ nos falsò dixisse existimat: quorū quodlibet in suo monito reprehendit: sed ne eadem, vt ipse, sæpius repetamus, primum tantū nunc referemus, & defendemus: dicit enim dixisse nos in ea eum sententia esse, vt existimaret, redditus Ecclesiasticos non posse dari alijs, quā personis Ecclesiasticis, quod tamen dicit esse falsum: quia nec sua, neque communis opinio hoc habet, cum semper doceat, danda pauperibus, tam laicis, quam clericis, tam fœminis quam masculis: tunc etiam, quia nusquam sententia communis negat, posse per sedem Apostolicam cōcedi personis laicis iusta de cau-

sa, titulo Feudi, vel Emphyteusis, & etiam ven-
ditionis, &c. Hæc sunt quæ D. Martinus quoad
primum opponit: in quo notandum est, quod
1 D. Martinus dicit duo, quorum primum nobis
imponit, secundum facit pro nobis, quod no-
bis imponat, obsignatis tabellis agamus, (nam
2 iterum ea scribere D. Martinus sæpe nos com-
„ pellit inuitos) verba nostra ita se habent. Duo-
„ decimum & fortissimum argumentum contra
„ istam opinionem Archidiaconi, & pro opinio-
„ ne S. Thomæ colligitur etiam ab absurdo: si
„ enim assignatione facta portionis suæ, clericus
„ non esset securus, sed lege iustitiæ teneretur
„ restituere: quod natura horum bonorum ex
„ lege iustitiæ ea sit, vt solum in pios vsus, & pau-
„ peres, & necessariam sustentationem clerico-
„ rum debeant dispensari vt inquit *R. D. Pe-*
„ *trus de Soto supra allegatus in lib. de institutio. Sacer-*
„ *do. in 2. parte de vita sacerdot. lectio. 3. de bo. Ecclesia.*
„ *& eorum vsu.* nulla ratione, aut potestate huma-
„ na fieri potest, vt licitè in alios vsus, quàm Ec-
„ clesiasticos, & pauperum expēdi possint: quod
„ de iure diuino id sit, necessariò sequitur, vt
„ quicquid extra istum vsum reperitur, lege iu-
„ stitiæ condemnetur. Hæc diximus in libello
nostro de redditibus Ecclesiast. in 4. parte in c.
1. sub num. 13. versic. duodecimum argumen-
tum: quæ quantum consonent his, quæ nobis
D. Martinus imponit, quilibet qui legere sciat
poterit iudicare: quòd si velit à nobis id Domi-
nus Martinus euincere, ex eo quod in eodem
num. 13. in principio, versiculo vndecimo, di-
xerimus ex opinione Archidiaconi sequi ab-
surdum maximum, quòd bona Ecclesiastica
militibus S. Iacobi, Calatrauæ, & Alcantaræ in-
iustè, & illicitè essent applicata: quia milites
prædicti non sunt Ecclesiasticæ personæ: malè
3 collegit D. Martinus: quia ideò hoc diximus,
quia probato hoc, quòd non erant Ecclesiasti-
cæ personæ, vt probaui, cætera satis de se erant
nota. scilicet, quod non essent fabrica Ecclesiæ,
neque pauperes: ergo extra vsus destinatos per
canones essent dicta bona apud milites, imò
in hoc ipso articulo expressè dixi sub his ver-
„ bis. Euincitur necessario horum bonorum non
„ ita immutabilem esse naturam, vt si quid eo-
„ rum extra prædictos vsus pauperum, & cleri-
„ corum, & aliorum piorum locorum conseta-
„ tur, statim leges iustitiæ violentur in horum
„ bonorum dispensatione: & post pauca subiun-
„ xi. Nam sentiunt ex eo ipso quod extra casum
„ necessarij victus, & vestitus, clericorum, &
„ pauperum, & piorum locorum dicta bona re-
„ periantur, quibus iure diuino sunt destinata,
„ statim lege iustitiæ submitti, & peccati, & resti-
„ tutionis reos possessores fieri. Cum ergo pau-
peres semper adiecerint cum clericis, nescio
vnde D. Martinus potuit contra verba nostra
id colligere.

Quod verò secundo loco D. Martinus N.
ait, numquam sententiam communem nega-
re, iusta de causa posse per sedem Apostolicam
bona Ecclesiastica concedi laicis, pro nobis fa-
cit, quia si hoc potest iusta de causa facere cum
laicis, vt bona illa extra vsus pauperum, cleri-
corum, fabricæ, & Episcopi sint: quare efficere
non potuit per separationem portionis clerici,
& erectionem beneficiorum, vt etiam ea bona 4
sint libera ab alijs tribus personis apud cleri-
cos, sicut apud laicos effecit, vt sint libera ab
omnibus quatuor personis? quod magis est cō-
tra bonorum naturam, vt ad sensum patet:
quod si Papa potuit facere, iam per erectio-
nem, & separationem effecit, vt supra proba-
tum est: item si Papa hoc potest facere, potest 5
& immemorialis consuetudo, & breuioris et-
iam temporis cum scientia ipsius Papæ: iusta
autem causa præsumitur, & est, cum per hospi-
talium erectiones, & per legem charitatis vi-
deamus pauperibus esse consultum, vel si quæ
fuerunt aliæ, non enim sine causa factum est, vt
erectio beneficiorum, & separatio partis cuius-
libet clerici fieret ab Ecclesia.

Nec alicuius momenti est, quod D. Doctor
Martinus N. in monito xlj. primæ quæstionis
in num. 5. pag. 197. circa finem dictis diuisioni-
bus vitium imponat, quod non interuenerit
authoritas Apostolica, & forsan idem dicet de
erectione beneficiorum: quia cum sedes Apo-
stolica in collatione beneficiorum ea erectio-
ne vtatur, & in iudicijs, & tribunalibus sedis
apostolicæ obseruentur, satis superque autho-
ritate sedis Apostolicæ facta dicentur, quia ra-
ta hæc millies habuisse videtur: licet D. Mar-
tinus leuibus fundamentis, cum deficiant so-
lida, vtatur: nam hanc consuetudinem sciente
Papa, obseruari, iam supra ostendimus circa
monitum lj.

SVMMARIVM.

1 *Nullus author dicit, Commendatores esse personas Ec-
clesiasticas.*
2 *Tex. quem D. Martinus allegat prose, probat opinio-
nem nostram.*
3 *Commendatores non habent chorum, nec Ecclesiam
particularem.*
4 *Clerici regulares S. Iacobi, & canonici regulares, non
appellantur Commendatores, contra D. Martinum.*
5 *Commendatores neque gaudent beneficio canonis, ne-
que fori.*

IN LV. monito D. Martinus N. nos reprehen-
dit, quòd diximus Commendatores S. Iaco-
bi, & Calatrauæ, & Alcantaræ non esse perso-
nas Ecclesiasticas: quia dicit nullum Catholi-
cum, quem ipse legerit, hoc dixisse. Secundo,
quia omnes personæ, aut sunt laicæ, aut Eccle-
siasticæ: sed hi non sunt laici, ergo Ecclesiastici.
His argumentis facilè respondemus, sicut om-
nibus quæ adducit D. Martinus: ad primum
enim dicimus, quod nullus catholicus vnquā
dixit, quòd Commendatores sint personæ Ec-
clesiasticæ. Quoad secundum verò argumen-
tum dicimus, quòd cum non sint personæ Ec-
clesiasticæ, sunt laici, & apparet, quia Ecclesia-
sticæ

sticæ dicuntur ex eo, quod ecclesiæ ministerio sunt deputatæ, sed Commendatores, non sunt Ecclesiæ alicui, neque eius ministerio deputati, ergo non sunt personæ Ecclesiasticæ: & text.
2 quem pro se D. Martinus allegat, probat opinionem nostram in *cap. duo sunt genera 12. quæst. 1.* duo sunt genera, inquit *Hieronym.* Christianorum: est autem vnum genus, quod mancipatum diuino officio, & deditum contemplationi, & orationi, ab omni strepitu temporalium, cessare conuenit, vt sunt clerici, & Deo deuoti, videlicet conuersi. κλῆρος enim Græcè, latinè sors. & infrà, Ratio verò capitis est temporalium omniũ depositio. & infrà, Aliud verò genus est Christianorum, vt sunt laici, λαὸς enim Græcè, est populus latinè, & infrà: His concessum est vxorem ducere, &c. Ecce text. qui ponit discrimen inter Ecclesiasticas, & laicas personas: sed patet Commendatoribus non conuenire, quæ de Ecclesiasticis ibi dicuntur: non enim portant coronam, non tadunt caput, non tenentur cessare ab strepitu tempo[...]lium, non sunt mancipati orationi, & c[...]nten[...]ationi: conuenit verò eis, quod de laicis dicitur, ducunt enim vxorem, & ita textus ill[...] clare probat contra D. Martinum: nam quod D. Martinus dicit, Commendatores esse professos ad diuina officia dicenda, vel facien-
3 da in choro, hoc falsum est: quia nec habent chorum, neque Ecclesiam, sed Parochiam sub qua degunt, sicut alij laici: nam illos, qui habẽt monasterium, & sunt clerici, & regulares, ne-
4 mo vnquam appellauit commendatores, sed freyles vulgariter appellantur: nam Commendatores, milites appellantur, nec illos freiles clericos ordinis S. Iacobi, Calatrauæ, & Alcantaræ aliquis vnquam Commendatores appellauit: neque his commendæ conferuntur, sed beneficia regularia sui ordinis, quia sunt regulares, & viuunt in communi: quod nihil facit ad rem de qua loquimur: licet D. Martinus vo[...]sse Commendatorem, seu militia insigni[...] [...]nt. Roncæ valli, in vj. monito j. quæstione num. 2. hæc con[...]ndere velit: nam & in [...]o[...]to lxxix. in num. 5. pag. 365. vocat Commendatores Ronca. vallis, & S. Isidori Legionensis: cum tamen illos S. Isidori numquam aliquis aliu[...] vocauit Commendatores: sunt enim c[...]non[...] [...]late, quibus omnes mo[...] [...] [...]ferentu[...] [...]not. [...] *[...]ap. quod Dei timor in. de statu r[...]la.* & eodem modo illi è Ronc[...] [...]lis [...] [...]gulares.
5 Qu[...] [...]o D. Martin[...]s dicit, Commendatores [...] [...]dere pri[...] [...]to fo[...] manifestè falsum est. & [...] [...]mqu[...] m a [...]ditũ, neque visum, vt apud iudice[...] [...]ecle[...]sticos conueniatur eorum aliqui: nam e[...] [...] [...]r [...]ram secularibus ordina[...] cum [...] ber ciuitati H[...]spaniæ, vbi com[...] [...]ur: [...] quod dicit, eos capaces benefi[...] falsum est: quia non [...]nt magis capaces [...]iam cæteri laici, qui clericali charactere non [...]unt insigniti, vel sunt coniugati: si commendas, beneficia Ecclesiastica appellat, vt vult significare, errat, quia non sunt beneficia Ecclesiastica, nec enim sub inuocatione alicuius sancti, nec in aliqua Ecclesia, vt beneficia Ecclesiastica sunt erecta: & hæc omnia notoria sunt: & ego domestico exemplo hæc testificari possum, cum pater, & frater Commendas S. Iacobi, & Calatrauæ possederint: pater enim meus prius ordinis S. Iacobi, postea commendam de Calatraua obtinuit, frater autem nunc ordinis de Calatraua commendam villæ de Almalgro possidet: sed hæc adeò sunt nota, vt nullus vmquam dubitauerit, commendatores esse seculares, & non personas Ecclesiasticas: quod verò inquit, Commendatores gaudere priuilegio canonis in sequenti monito reprobabimus.

SVMMARIVM.

1 *Sanctus Thom. & Panor contra D. Martinum probant opinionem nostram, quòd Commendatores non sint religiosæ personæ.*
2 *Qui habet vxorem non est dominus sui corporis, & infra. num. 4.*
3 *Commendatores non emittunt votum castitatis simpliciter.*
4 *Commendatores non gaudent priuilegio canonis.*
6 *D. Martinus omnes opiniones suas vocat communes.*

IN LVI. monito D. Martinus N. me reprehendit, quòd ego loquendo verbis S. Thomæ eum referendo dixerim, Commendatores nõ esse simpliciter religiosos: nam dicit Sanct. Thom. Illi modi viuendi, secundum quos homines matrimonio vtuntur, non sunt simpliciter, & absolutè loquendo religiones: & ita me reprehendendo, reprehendit S. Thom. satis leuibus fundamentis: nam asseur *Panor.* communiter approbatum in *rubri. de regulari.* dicere, quod omnes personæ verè regulares, sunt propriè religiosi: sed ego dico, quod licet *Panormi.* hoc diceret, & verum esset, non obstaret, quia regulares verè [...]unt, qui emittunt tria vota substantialia, inter quæ est castitas: ita vt non possint vti matrimonio, sed *Panorm.* non dicit hoc, sed idem quod *S. Thomas.* nam *in dicta rubri numero 1.* dicit, Illi propriè dicuntur habere regulam, qui profitentur tria substãtialia, &c. & statim subdit. Alij verò licet aliqua promittant, non dicuntur habere regulam, sed potius quẽdam modum viuendi, licet ille modus sit approbatus à Papa: & in col. penult. in fi. vult, quod illi qui possunt contrahere matrimonium, neque propriè neque impropriè sunt religiosi, illi vero qui non possunt matrimonium contrahere, vt sunt hospitalarij Hierosolymitani impropriè sunt religiosi: & ita vult *Abbas* quod Commendatores S. Ioannis impropriè sunt religiosi: quia per ingressum religionis eorum non dissoluitur m[...]monium non consummatum, vt p[...]r *Domini. de soto, in 4. distinct. 27. q. 1. articul. 4.* illi ve[...] [...]e quibus loquimur S. Iacobi, & Calatrauæ, & Alcantaræ, nec pro-

prie

priè nec improprie dicantur religiosi, quia matrimonio vrantur: nam vt statim dicemus, non
2 sunt liberi, vt religioni seruiant: nam vxores eorum corporis eorundem dominæ sunt, & sicut serui, ita coniugati religiosi esse non possunt, neque clerici, vt *cap. 1. & 2. de seru. non ordinand.*

Neque his obstant illa, quæ contra S. Thomam, de dispensatione summi Pontificis cum monacho, vt contrahat matrimonium, ita vt remaneat monachus, adducit D. Martinus, cum hi nostri commendatores non emittant simplex votum castitatis, & ita hodie eorum professio est constituta, vt nihil de dispensatione agendum sit: & vt arg. D. Martini aliquid faceret, debebat ostendere, quòd si Pontifex faceret, vt omnes monachi S. Dominici, non emitterent votum castitatis, nisi vt isti nostri commendatores: quod tunc ille ordo remaneret religio, quod numquam ipse ostendit, neque ostendere poterit: & argumentatur de particulari dispensatione illius, qui votum simplex castitatis emisit, ad eos qui illud non emittunt, vt sunt illi S. Iacobi, & illi de Calatraua, & Alcantara, postquàm eorum regula ita per sedem Apostolicam fuit constituta, vt votum simplex castitatis minimè emitterent: in quo est fallacia manifesta, & vt clariùs rem ostendamus, subijciamus formam ipsam professionis, quam dicti Commendatores emittunt. Commendatores itaque S. Iacobi, ita profitentur.

Yo N. me offrezco, y do à Dios, y à sancta Maria, y al bienauenturado Apostol señor Sanctiago: y prometo obediencia à N. Maestro administrador perpetuo, que es de la orden de la caualleria de Sanctiago, por authoridad Apostolica, y à sus successores Maestres, o Administradores de la dicha orden, que por tiempo fueren canonicamente entrantes: y hago voto, y prometo de viuir en castidad coniugal, y sin proprio, segun la regla, priuilegios, y establescimientos de la dicha orden, hasta la muerte.

Forma professionis Commendatotum de Calatraua.

Yo fulano hago professïon à Dios y à vos (si fuere el Maestre) y si otro en su lugar, *à vos que estays en su nombre, vos prometo obediẽcia, y conuertimiento de mis costumbres de bien en mejor por todos los dias de mi vida, hasta la muerte.* Y el Maestre responde. *Amen.* Y le besa en la faz.

Forma professionis Commendatotum de Alcantara.

Yo frey N. Cauallero de la orden de Alcantara hago professïon à Dios, y al señor Maestre, y à vos que estays en su nombre: y os prometo obediencia, castidad coniugal, y conuertimiento de mis costumbres de bien en mejor, por todos los dias de mi vida, hasta la muerte, segun la regla de San Benito, y manera de viuir concedida à esta orden de Alcantara.

Ex his falsum esse apparet, quod ipse D. Martinus N. dicit Commendatores emittere tria vota substantialia religionis: quia illi de Alcan-
3 tara, & illi de Calatraua neque paupertatem profitentur, sed solam obedientiam: illi verò S. Iacobi licet proprium dicant non habituros: non tamen simpliciter, sed secundum regulam, & priuilegia, & statuta, tam verò hi, quàm isti in voto castitatem coniugalem promittũt, non castitatem simpliciter: imò est votum contrarium castitatis voto: nam ex tenore professionis possunt ducere vxores, vel ductas retinere: licet D. Martinus dicat expressè contrarium, cum tamen facti veritas appareat.

Hæc omnia efficiunt, vt Commendatores, non sint personæ Ecclesiasticæ per supradicta: ad quod facit, quod *Cardin. in 2. colum. in Clement. cum ex eo. de sententia excommu.* vt ostendat, non esse personas Ecclesiasticas, neque religiosos illos, qui sunt Tertij ordinis S. Francisci, licet vt glos. ibi probat, sit eorum regula approbata à sede Apostolica, inquit: quia possunt habere vxores, & idem *Petrus de Ancharrano*, qui addit, non esse dominos sui corporis, sed vxo-
4 res illorum: ideò neque gaudere priuilegio canonis, nec alio Ecclesiasticarum personarum: & *Felin. in cap. non dubium. in fin. de sentent. excommunicatio.* dicit, quod vt aliquis gaudeat canone, debet perpetuo in claustro permanere: ex quo certum est, nostros Commendatores non gaudere dicto Canone contra D. doctorem Martinum in monito præcedẽti, quatenus verò D. Martinus, in versi. 7. de mulieribus prædictorum ordinum dicit: quod tam viri, quam mulieres eodem modo profitentur, falsum est in facto, quia fœminæ emittunt tria vota substantialia, & sic votum simplex castitatis: ideò matrimonium contrahere non possunt, viri autem Commendatores possunt contrahere, vt dictum est.

Circa alia verò de quibus reprehendit R. Dominicum de Soto: quia hic solum defensionem nostram assumimus, omittenda censeo: adijciam tamen, quod eum reprehendit, dicendo, ob rationes tam fragiles non debuisse eum viam reliquisse Regiam, & contra omnium sententiam nouam cudere: quasi velit
5 D. Martinus N. suam opinionem esse communem: cum tamen nullus Catholicus (vt verbis eius vtar) reperiatur, qui suam opinionem teneat: imò omnia eius fundamenta in facto, & in iure sunt falsa, vt supra à nobis ostensum est.

Item quod *D. Domini. de Soto* dicit difficile esse dictos Commendatores seruare castitatem, seu humano more loquendo, impossibile cum viuant laute, & splendide, & cum mulieribus habeant iuge commercium, non videtur reprehendendum, eum vt dicit *D. Chrysosto. lib. 6. de sacerdotio.* alimenta intemperantiæ sunt deliriæ atque assiduus mulierum congressus.] & *Diuus Bernardus in libro de conuersione ad clericos, in cap. 30.* Quid ni periclitetur castitas in delitijs, humilitas in diuitijs, pietas in negotijs, veritas in multiloquio, charitas in hoc seculo nequã?] & idem *Bernardus in sermo. ad milites templi. cap. 4.* ponit longè aliam dictorum vere militum conuet-

conuersationem, & vitæ institutum: ideo forsan melius esset, vt dicit *D. Domi. de Soto*, vt votum castitatis nullo modo emitterent.

SVMMARIVM.

1 *Officium, quod tendit ad irregularitatem, opponitur religioni.*
2 *Bigamia maximè religioni repugnat.*

IN LVII. monito D. Martinus nos ideò carpit, quòd instituto Ecclesiastico repugnare bigamiam, & irregularitatem diximus: ait enim falsum hoc esse ex monialibus, & monachis apparere, qui possunt esse bigami, & irregulares: sed ipse non satis vim nostræ rationis percepit: quòd nos breuitati consulentes, non longius eam explicauimus, nam diximus, institutionem harum militiarum ad irregularitatem tendere, ad militandum enim vbi irregu-
1 laritas contrahitur, sunt institutæ: hoc autem repugnat instituto personarum Ecclesiasticarum, in quibus lenitas, & humilitas requiritur: ergo non sunt religiones, cum religiones institutæ sint ad orandum pro amicis & inimicis, at hæ militiæ, ad propugnandos inimicos, inuentæ. Et quod de bigamia diximus contra-
2 rium esse religioni: vt post emissam professionem bis, & ter, & pluries possint matrimoniũ contrahere, religiones enim continentiam exiguntiat vt *D. Clemens* inquit *lib. 5. Apost. institu. in c. 2.* trigamia, incontinentiæ est argumentum: id quod supra trigamiam fit, manifesta fornicatio iudicatur, & non dubia intemperantia: sed hæc non temerè sunt accipienda, ideò videnda sunt, quæ nos in hac vltima editione nostri libelli de redditibus Ecclesiast. diximus in part. 3. in cap. 2. in num. 7. quia hoc dictum Diui Clementis ex diuo Hieronymo debet interpretationem recipere: adeò autem bigamia odio habetur in personis Ecclesiasticis, vt dubitet *Archidiaco. & Cardi. Turrecremata, in c. quis 84. dist. num. x.* vtrùm monachus bigamus gaudeat priuilegio *cap. si quis suadente.*

SVMMARIVM.

1 *Si clericis bona Ecclesiastica liberè non potuerunt applicari: multo minus dari commendatoribus si esset opinio Archidiaconi vera.*

IN LVIII. monito D. Martinus N. reprehendit nos, quòd diximus ex opinione Archidiaconi sequi, si per erectionem, & separatio-
1 nem beneficiorum à sede Apostolica factam, vel approbatam non essent partes clericorum liberæ à lege iustitiæ eadem ratione bona Ecclesiastica essent iniustè applicata Commendatoribus: quia si illa applicatio non potuit fieri clericis, multo minus Commendatoribus: hanc tamen consequentiam & optimam, & necessariam esse existimo: & ne toties eadem repetantur, possunt videri quæ diximus supra circa monitum liiij. quia Commendatores non sunt de illis personis, inter quas sunt dicta bona necessariò secundùm opinionem Archidiaconi distribuenda, vt ibi diximus, & latiùs in illo nostro libello, vbi videre licet.

In LIX. & LX. monitis D. Martinus N. eadem vt solet repetit: ideò quod ad ea pertinet, idem quod in præcedenti dicimus.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus N sæpissimè nobis imponit contra id, quod expressè diximus.*

IN LXI. monito D. Martinus N. nos dixisse arguit, Commendatores expendentes malè redditus, qui sibi supersunt in vsus profanos, & in alijs rebus insumentes, quàm quæ sibi à sua regula, & superiore præcipiuntur, & vt in summario dicit, vanè & profanè, non peccare: sed nos non diximus hoc in toto nostro libello, sed contrarium, vt ostendemus statim infrà monit. sequent. cum expressè dixerimus, dummodo tamen statuta in regula sua obseruent: à regula autem vel statutis, vel à suo superiore eis imponuntur non multa, neque magni ponderis, quale illud est, vt quilibet Commendator, qui possidet commendam soluat certas lanceas, quas vocant: quod est onus cuilibet commendæ, pro quantitate fructuum impositum. 1

SVMMARIVM.

1 *Commendatores non emittunt votum paupertatis.*
2 *Clericis secularibus non malè comparantur Commendatores, nisi quoad ea, quæ in sua regula specialiter eis præcipiuntur.*
3 *D. Martinus N. non verè refert: quæ nos diximus.*

IN LXII. monito D. Martinus N. nos reprehendit, quod æquiparamus Commendatores clericis secularibus: quia dicit hos emittere votum paupertatis, non autem clericos seculares, & alia quæ opponit contra nos. Sed nos respondemus: primo falsum esse, Commendatores ordinis Calatrauæ & Alcantaræ aliquod votum paupertatis emittere, illos autem S. Iacobi non emittunt votum paupertatis simpliciter, sed restrictum ad priuilegia, & statuta, vt ex forma professionis supra posita apparet. Secundo dicimus, quod si suæ opinionis est memor, ex doctr. Cardinalis, quam millies refert, sicut clerici seculares possunt de redditibus suorum beneficiorum disponere, ita regulares & monachi de fructibus suorum regularium beneficiorum: ergo secũdùm suam doctrinam non est mala comparatio nostra: sed quia id reprobamus supra circa II. monitum: ideò dicimus bonam esse nostram comparationẽ cum additione, quam posuimus: quam D. Martinus N. omittit, quæ continet, dum tamen de his specialiter statuta obseruant: quicquid D. Martinus dicat in monito præcedenti, dicta à nobis non rectè referendo: nam & in 4. parte nostri libelli in c. 3. colum. penul. num. 5. ita diximus, 1 2 3

ximus. Et ita Commendatores, quos vocant, nisi suo speciali voto, vel statutis sui ordinis fuerint astricti, communi iure bonis Ecclesiasticis suarum Commendarum vtentur. Obseruaris igitur statutis, vt soluant suas lanceas, & facto inuentario secundùm suas constitutiones, & si quid præterea eis præcipitur: fructus suarum commeodatum à lege iustitiæ, licet non à lege misericordiæ sunt liberi: & filijs suis, quos legitimè habere possunt, de his fructibus prouidere, & dotes filiabus constituere legitimè poterunt, & qui liberis eorum adimere velit parentum bona, & Ecclesiæ date, alium quærat pro consilio, quàm Augustinum: nam & passim hucusque testabantur, donec sanctissimus D.N. Pius V. hoc eis interdixit, in fine autem satis modestiæ metas transgreditur, suique ipsius obliuiscitur.

In LXIII. monito D. M. N. monet dictos commendatores, & eorum cõfessores, vt suam opinionem sequãtur: ego vero consulo Commendatoribus non solum, vt seruent eam, imò vt omnia largiantur pauperibus, confessoribus autem ne eis maius, & grauius onus imponant, quam possint ferre, & à iure ex eorum professione, & statutis illis impositum est.

SVMMARIVM.

1 *D. Martini argumenta, & rationes faciunt pro nobis.*

IN LXIIII. monito, D.M.N. reprehendit nos, ob id, quod diximus, si natura bonorum Ecclesiasticorum iure diuino ita esset immurabilis, vt in illis quatuor personis deberent expendi, ex mente Archidiaconi, & Petri de Soto: laicos non posse possidere decimas ante concilium Lateranense eis cõcessas: ac subijcit minimè id sequi: quia non negant doctores, posse Ecclesiam concedere laicis ex iusta causa bo-
1 na Ecclesiastica: quod, vt diximus, facit pro nobis: si enim potest laicis, multo magis potuit clericis separare portiones suas, vt fecit, vt diximus supra circa monitum liiij. & dicta ibidem deseruiunt huic monito, ne eadem repetamus: nam quod nos reprehendit, non aduertisse in S. Thoma, id quod ipse tamquam subtile valde animaduertit, non est magni momenti: cum clarè S. Thomas loquatur: sed id quia ad propositum nostrum nihil conferebat omisimus: nam quod capiat laicus per manus clericorum, non id excusaret, si concedi illi decimarum non posset vtilitas: & ita hæc omnia absurda sequi optimè infertur ex opinione Archidiaconi, iuncto dicto D. Petri de Soto, quod nos allegauimus: & eo postea vtitur D. Martinus, qui eum expressè sequitur in multis huius apologiæ locis.

SVMMARIVM.

Repetendi eadem sæpe tenet cacoëthes D. Martinus N. Franc. Sarmient.

IN LXV. monito nihil est, quod ad nos pertineat: sed diuinat causas D. M. concessionis decimarum factæ ante concilium Lateranense, quia nihil certum habemus: licet D. Martinus quasi præsens concessionibus fuerit, id hic, & in præcedenti monito affirmet: notandum
tamen est, quàm libenter omnia repetat: cum 1
in fine huius moniti id quod dicit, dicat se dixisse in libro de redditib. Ecclesiast. & quod infra etiam dicet: sed bis, & ter quod pulchrum est, vt est in prouerbio: sed & quæ minimè sunt pulchra, ea pulchra videntur amori: philautia enim omnes valde laboramus.

SVMMARIVM.

1 *Licet fructus beneficiorum sint liberi sua natura à lege iustitiæ, potest tamen lex canonica, vel consuetudo eis onus imponere.*

2 *Eadem consuetudo potest onus adimere.*

IN LXVI. monito D. M. N. me reprehendit, quod malè respondeam illi argumento: empta, scilicet de redditibus Ecclesiasticis sunt Ecclesiæ, empta verò de bonis patrimonialibus sunt clerici, ergo redditus Ecclesiastici nõ sunt eiusdem rationis cum patrimonialibus: quia his apertè nos respondemus, quòd redditus beneficiorum ex natura sua post separationem vel erectionem beneficiorum, & consuetudinem de his disponendi sunt liberi: sed hoc non
efficit, quominùs lex, vel ipsa consuetudo, si 1
velit apponere aliquod grauamen, possit facere, cum dicta bona, vel redditus sint apti, ad hoc onus subeundum: ideò potuit Canon, ne clerici emendis, & augendis patrimonijs studerent statuere, vt empta de redditibus Ecclesiasticis acquirerentur Ecclesiæ: sicut potest eis quodlibet aliud onus lex, vel consuetudo imponere, & impositum auferre: vt in Hispania
empta à clericis de fructibus suorum benefi- 2
ciorum, fiunt ipsorum propria: & de his liberè disponunt, etiam in testamentis, & hoc seruat consuetudo: & si videantur quæ nos scripsimus in dicto libello de redditib. Ecclesiast. in 4. part. in cap. 2. in nu. 3. versic. ad sextum. & in c. 6. nu. 11. in fi. in pag. 240. in editione facta Romæ, satis erit soluta hæc difficultas, licet D. M. N. hoc dissimulet: denique fructus Ecclesiastici, & patrimoniales, quoad legem iustitiæ, sunt eiusdem rationis, tam ex parte rerum, quàm personarum, nisi lex, vel consuetudo aliquid specialiter imponat: vt fecit lex canonica, circa emptiones prædiorum factas à clericis ex redditibus suorum beneficiorum: quod in Hispania ex consuetudine, quæ hominum memoriam excedit, sublatum est.

SVMMARIVM.

1 *Commendatores non sunt pauperes, neque fabrica, neque clerus, neque Episcopus.*

2 *Si possunt bona Ecclesiastica constitui extra istas quatuor personas: concedi potuerunt vni ex his quatuor, libera à reliquis tribus.*

3 *Hæc interpretatio non destruit legem diuinam, sed astruit.*
4 *Consuetudo potuit inducere, vt laici ex lege iustitia nihil soluant clericis: ergo potest, vt nihil debeatur ex lege iustitia pauperibus.*
5 *D. Martinus N. male intelligit S. Thomam.*
6 *Verius est lege diuina non esse talem naturam bonorum Ecclesiasticorum, qualem D. Martinus, & D. frater Petrus de Soto dicunt.*
7 *Canones Apostolici mutari possunt ab Ecclesia.*
8 *Pontifex dispensat super bigamia.*
9 *Canones appellatione sacra scriptura non continentur.*

IN LXVII. monito nos reprehendit D. Mar-
tinus N. propterea quod non satisfecimus
illi argumento, scilicet, lege diuina bona Eccle-
siastica sunt destinata in diuini cultus exhibi-
tionem, ministrorum Ecclesiæ sustentario-
nem, & pauperum: ergo lege humana, vel con-
suetudine hoc mutari non potest: sed nos cre-
dimus, satis superque satisfecisse, vt statim di-
cemus: sed antea notabimus ex hac regula, qua
D. Martinus nititur apertissimè, sequi illa ab-
surda, quæ nos diximus, nisi aliquam patiatur
hæc regula interpretationem: nam apud Com-
mendatores, & reges cum hæc bona existunt,
sunt extra prædictos vsus: cum Commendato-
1 res vel Reges, neque sint clerici, neque paupe-
res, neque fabrica, neque Episcopus: quòd si i-
pse D. Martinus dicat, ex causa mutari horum
bonorum naturam, vt possint esse extra omnes
has quatuor personas: multo magis fieri pote-
2 rit, vt sint libera à tribus, apud vnam ex eis cum
minor fiat digressio. vt in *l. si accepto latum. ff. de
acceptilatio. & in l. si vnus. in § pactus ne peteret. ff. de
pact.*

Secundo verum est, cum sunt apud cleri-
cos, conseruari horum bonorum conditio-
nem; quia diuisio huic legi non contradicit,
3 imò fit in executionem dictæ naturæ bono-
rum, & separari potuit hoc vni ex dictis perso-
nis, prouidendo alium de alijs, quod factum
est quoad pauperes, erectione hospitalium, &
collegiorum, atque alijs modis.

Tertio vt respondimus in dicto libello, di-
cimus, quòd licet sustentatio pauperum sit de-
bita: lex tamen potuit interpretari, aliunde
posse sustentari, sicut clerici, qui alendi erant à
populo ex fructibus prædiorum, quæ à Deo
dantur in locis, quibus decimæ non soluuntur,
4 aliunde aluntur, & posse ali: consuetudo inter-
pretatur, ita pauperes aliunde ali posse, sicut
aluntur, vel ex sola charitatis lege potuit con-
suetudo interpretari. Nam quod D. Nauarrus
argumentatur, non esse hanc interpretatio-
nem legis diuinæ, sed destructionem, hoc e-
nim verbo vtitur, ostendimus clarè falsum es-
se: cum omnia, quæ ipse dicit magis impu-
5 gnent interpretationem Beati Thom. loquen-
tis de his, qui nihil pro decima soluunt clericis:
& tamen quia clerici aliunde sustentantur, sic-
ut in specie nostra pauperes, admittitur, vt
nihil laici soluant clericis: sic vt nihil à clericis
ex suis redditibus ex lege iustitiæ debeatur
pauperibus, licet ex lege charitatis debeatur,
induci potuit: & ita non respondet D. Marti-
nus doctrinæ S. Thomæ, quæ habet, vt ex fru-
ctibus quos Deus largitur, sustententur mini-
stri Ecclesiæ, esse de iure diuino: sed hoc posse
tollere consuetudinem, vel dissimulationem
Ecclesiæ existimantis aliunde posse ministros
sustentari: ergo idem in obligatione de susten-
tandis pauperibus: quia per separationem por-
tionis clericorum, Ecclesia iudicauit pauperes
aliunde posse sustentari, & illam portionem, vt
necessariam, ministro Ecclesiæ applicauit: hoc
argumentum, seu inductio ita concludit, vt
putem D. Nauartum effugere non posse.

Nam quod ipse dicit, non esse verisimile,
Ecclesiam separasse, vt in vsus vanos, & profa-
nos expenderet clericus, fallacia est: quis enim
vmquam ad hoc separasse Ecclesiam, dixit?
nam neque omisit decimas apud prædictos
laicos, vt eas in vsus vanos, & profanos expen-
derent: sed nihilominus securi, & liberi sunt à
lege iustitiæ in eis, tam à clericis, quàm à pau-
peribus, etiam si ipsi laici clericos non susten-
tent: nam quod D. Martinus præsupponit in
quæstione S. Thomæ, populum illum, qui fru-
ctus colligit, & cui sacramenta ministrantur,
licet decimas non soluat, prouidere aliunde
clericorum sustentationi, nō est verum, neque
præsupponendum, nam nihil refert aliunde,
quam ab illo populo clerici sustententur: & ita
si aliunde potest subueniri pauperibus, quàm
à clericis hoc sufficit, quod Ecclesia separando
partem clericis, arbitrata est fieri posse: & ita
prædictum simile ex B. Thom. de decimis adeò
vrget, vt D. Martinus nihil respondeat, quod
aliquem habeat saporem, vt nostri dicunt.

Possumus etiam negare, naturam horum 6
bonorum esse, lege diuina, talem, vt alij, qui
opinionem nostram tenent, faciunt: nam etiam
si apostoli hoc præcepissent, quatenus legisla-
tores erant: non constituebant ius diuinum,
sed positiuum: quod potest mutari contrario
iure positiuo: nam Apostoli statuerunt quòd 7
presbyter propter fornicationem deponere-
tur, vt in *cano. Apost. 24. cano.* id tamen postea
per Syluestrum, & concilium fuit immuta-
tum: vt notat *Archidiac. & Turrecrem. Cardi. in
cap. sicut quædam, circa fin.* vbi optimus text. 14.
dist. faciunt, quæ tradit *Beatus Thom. in quodlibet.
4. artic. 13.* vbi tractando, an Papa possit super
bigamia dispensare: cum videatur, per Aposto-
lum promotio bigami prohibita: dicit in effe-
ctu, quòd ex his in quibus Apostoli promul- 8
gabant ius diuinum, nihil potest mutari: ex his
verò, quæ ipsi præcipiebant potest, quia est
ius positiuum: & dicit etiam, quod ea, quæ
pertinent ad determinationem humanorum
iudiciorum, vel ad determinationem diuini
cultus, liberè permisit Christus prælaris Eccle-
siæ. alia multa ibi ponit S. Doctor, quæ mul-
tum conferunt huic opinioni, & idem *S. Tho-
mas in addi. ad tertiam partem, in q. 66. in art. 5.* sen-
tit,

tit, ea, quæ sunt de institutione Apostolorum
posse mutari, tamquam ius positiuum: cum Ec-
clesia habeat nunc eandem potestatem sta-
tuendi, & destituendi, quam tunc habebat: fa-
ciunt, quæ ponit *Cardin. Turrecrem. in tract. de Ec-
clesia lib. 3. c. 54.* & quæ *Feli.* post alios in *cap. quæ
in Ecclesiarum. extra u. de constitution.* non ergo in
his bonis Ecclesiasticis expendendis, est ali-
quid iure diuino statutum: licet multi canones
circa hoc statuant, qui tamen non constituunt
ius diuinum neque appellatione sacræ scriptu-
9 ræ continentur: vt in *cap. ignorantia.* vbi notat
Archidiaco. & Cardi. Turrecrem. in fin. 38. distinct.

SVMMARIVM.

1 *De intentione diuidentium, & erigentium beneficia: & quòd intentio legis non obligat, sed lex.*

IN LXVIII. monito D. M. N. nos reprehen-
dit, quòd diximus, quòd licet in diuisione,
vel separatione bonorum, & erectione bene-
ficiorum fuisset intentio, vt clerici haberent
commodam sustentationem, & vt possint sub-
uenire pauperibus: tamen illam intentionem
ex lege iustitiæ non obligare, sed legem: quod
aptissimum est, ad respondendum obiectioni
per nos oppositæ. Dicit tamen D. Martinus
quod licet hæc sint vera, non satisfacimus:
quia non fuit intentio legis, sed lex: cum ex
Apostolorum instituto expressè hoc fuerit
præceptum, sed si ipse intelligit, responsio no-
stra est optima: quia duo sunt tempora, & duæ
difficultates, quibus opus fuit respondere, &
duplex status. Primus fuit antiquus status vi-
uendi in communi, rebus nondum separatis, à
quo per diuisionem, & erectionem beneficio-
rum, fuit discessum. Et ita respondemus illi
priori statui legis expressè in antiquis canoni-
bus, & huic statui iam est satisfactum, tam ex
dictis in illo nostro libello de redditib. Eccle-
siast. in 4. part. quam ex dictis circa monitum
præcedens: & ita est satisfactum obligationi
expressè, quæ in canonibus antiquis contine-
tur. Secundus verò status, & difficultas est in
obligatione ea, quæ ex intentione diuisionis,
& erectione beneficiorum colligi posset: sci-
licet, vt fuerit facta hæc separatio, vt commodè
clerici sustententur, & possint pauperibus sub-
uenire: huic difficultati oppositę respondemus
ex S. Thoma: legis intentionem non obligare,
sed ipsam legem: maximè, quia diuidentes,
eam intentionem habere videntur, quæ in na-
tura diuisionis continetur: vt dictum est supra
circa monitum xlj. & facit *C. de condictio. ob caus.
l. si repetendi.* Et alia, quæ in dicto libello, in 4.
parte, in c. 2. num. 6. in fin. cum sequent. alle-
gauimus, quæ ibi poterunt videri, ne hic re-
petantur: & faciunt quæ dicentur infrà circa
monitum lxxiij. huius primæ partis, quod in-
terpretata etiam est consuetudo, vt sæpè di-
ctum est.

Franc. Sarmient.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus repetit hic, quæ iam dixerat, & eadem, quibus est responsum.*
2 *D. Martinus N. non rectè refert sententiam nostram.*

IN LXIX. monito D. Martinus dicit, inanem
esse responsionem, quam nos damus illi ar-
gumento: plurimas scilicet diuisiones, & ere-
ctiones beneficiorum reperiri factas: ita vt
constet, nullam partem specialiter pauperibus
assignatam: ergo totum id fuisse clericis con-
cessum, cum obligatione pauperes alendi, vel
quæ supersunt, eis distribuendi: sed huic diffi-
cultati plenissimè iam nos respondimus, vt sa- 1
tis importunum sit D. Nauarro toties repeten-
ti quamlibet rem satisfacere: nam supra circa
monitum lxvij. vbi ipse in effectu terigit, satis-
fecimus, quoad illam partem pauperum, & la-
tissimè in illo nostro libello: quia si Ecclesiæ
dissimulatione sunt securi laici, qui non su-
stentant clericos, neque eis aliquid soluunt:
multo magis clerici, quoad legem iustitiæ
erunt securi, nihil tribuendo pauperibus ex
portione sua: licet quoad legem misericordiæ
maximè rei fiant, in eo verò quòd D. Marti-
nus N. vt sibi placet, imponit, dixisse in versi- 2
culo inducere, pag. 302. & in pag. præcedenti:
satis dictum est, in c. 1. primæ partis huius no-
stræ defensionis, quò lectorem mittimus, no-
lentes ad eundē, in quo ipse, lapidē offendere.

SVMMARIVM.

1 *Voluntas disponentium quandoque possit mutari à principe.*
2 *Ius positiuum potest commutari, & ita canones Apostolorum.*
3 *Dispositio priuatorum ad pias causas potest commutari à summo Pontifice.*

IN LXX. monito nos reprehendit D. Marti-
nus N. quòd non satisfecerimus illi argu-
mento, quod habet, nullum principem posse
voluntatem disponentium in vnum vsum piū,
mutare in alium, nisi ex iusta causa, & præser-
tim in vsum profanum: sed nos adeò clarè satis-
fecimus, vt nescio quomodo R. D. Doct. Mar-
tinus hoc non viderit: & vt clarius dicamus,
distinguimus, aut loquimur de voluntate le-
gislatorum, & canonum etiam Apostolico-
rum: & hæc voluntas potest mutari, & com- 2
mutari, vt dictum est in monit. lxvij. quia est
ius positiuum: & de ista voluntate non loqui-
tur hæc difficultas, aut loquimur de volunta-
te donantium, vel legātium bona sua: & in his
referemus verba nostra, quæ in hac difficulta-
te, & eius solutione posuimus, vt omnes intel-
ligant, an satisfecerimus huic difficultati: verba
nostra ex quibus res intelligetur, omissis alijs
multis, hæc sunt, Cum videamus, plura benefi- „
cia erecta esse ex legatis relictis, vel alijs largi- „
tionibus Ecclesiæ à priuatis hominibus factis, „

„ qui sua bona Ecclesijs obtulerunt, existimantes hæc bona in pios vsus conferre: nonne „ fraudantur sua laudabili, & pia voluntate, si „ aliter quam ipsi voluerunt, dicti fructus expendantur?& lege iustitiæ clerici illi voluntati „ contrauenient, & erunt obnoxij? Circa hoc „ dici potest, quod si nullum expressè est impositum onus, animus in mente retentus nihil „ operatur. & infrà. Quod si voluntas donantium legem certam imposuerit, seruari debet. „ Hæc sunt verba nostra.postea dicimus: Quod „ si Pontifex etiam, vbi certa lex fuerit imposita, „ mutauerit illam voluntatem: securus est seruando onus impositum à pontifice. Et quod ipse D.Martinus dicit, Principem commutare voluntatem non posse: ego hoc reprobaui in pijs dispositionibus per rationes multas, quas

3 ibi posui, nec eas hic repeto: licet non possit commutare dispositiones in non pios vsus factas, vt ex multis rationibus ibi comprobauimus,& diximus postea latiùs, vbi omnino videatur,in lib.1.Select.interpreta.in c.it.nu.co. cum sequent. & in c.9. num.21. & 22. & 23. & 24.& ita D.Martinus refert me contrarium dicere eorum,quæ dixi:& *Clem. Quia contingit, & l.legat.* dicunt etiam contrarium eius, ad quod ipse allegat:nam *Clementina,Quia cōtingit*, dicit authoritate sedis Apostolicæ,posse commutari ad alium vsum,ea quæ ad alium vsum sunt à fi- „ delibus relicta:& tex. in *l.legatum*, inquit,legatam municipio pecuniam in aliam rem, quam „ defunctus voluit, conuertere, citra Principis „ authoritatem,non licet.

SVMMARIVM.

1 *Hic etiam D.Martinus non satis fideliter refert, quæ nos diximus.*

2 *Ex voto quæritur actio personalis, contra D.Martinum & Caieta.*

3 *Dictum Bart.in §. Flauius Hermes abs re adducitur per D.Martinum N.*

IN LXXI. monito D. M. N. reprehendit nos, quod reprehendamus Caietanum, quatenus vult ex voto non quæri aliquod ius Ecclesiæ,in cuius vtilitatem fit: nam in hoc eum re-

1 prehendimus, non autem in eo, quod inquit nos dixisse, non posse Papam dictum votum commutare: quia circa præcedens monitum contrarium, expresè contra ipsum Martinum probauimus: & D.Martinus nō respondet nostris textibus, & doctrinis à nobis citatis, sed minus aptè adducit doctri.*Bart. in l.qui Romæ in §.Flauius Hermes.ff.de verbor. obligat.* quæ nihil ad

2 propositum facit: cum habeamus textum, quem nos citauimus: quòd ex voto quæritur statim actio illi Ecclesiæ, vel loco publico, in cuius vtilitatem fit: adeò vt D.Martinus, qui contrarium cum Caietano voluit, debuit respondere adductis per nos, & non vagari in re

3 impertinenti ad id, de quo quærimus: nam hic nulla donatio fit tertio, vt det postea Ecclesiæ, sed directò votum fit Ecclesiæ, & actio personalis directa ei est quæsita,quo casu non potest considerari aliqua reuocatio: nam & quoad doctrinam Bart. si esset ad propositum, multa essent dicenda:sed quia præter rem est,sufficiet remittere ad Doctores,qui de hac re pręter ordinarios in extraordinarijs locis latè scribunt. scilicet *Purpura in l.certi condictio.in §.si numos.ff. si certum petat. Xuarez in repet. l.quoniam in prioribus fol.968.C.de inoffi.testament. Fortuni.Garf.in l. iuris gentium.in §.1.ff. de pact. Ias.*latissimè *in l.2. nu.66.& nu.217.cum pluri.sequent.de iure Emphy. & Tiraquel.in tract.de primogeni.q.8 per tot.R.Episcop.Segobien.lib.1.Vari.resolut.cap.14.* & nouissimè *Anto.Gabriel.lib.3.commun.conclus. titu. de donatio. in conclusi.5. per totum.* & quæ ponit *Tiraquell.de iur.consti.in 2.parte in quæst.30.*

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus N.sequutus est intellect. Abb.c.si. de his,quæ fiunt à maio.parte cap. quem nunc reprobat:imo sequutus est duas opiniones contrarias.*

IN LXXII. monito D.Martinus N.nos reprehendit,quod dixerimus, cum in interpretatione *c.si.de his,quæ fi.à maio part. cap.* sequutum esse *Abbatem in c.cum omnes, colu.3.de constitutioni.*quod ipse negat,sed si videantur verba ipsius in dicto lib.t. q. nu.40.in versi. quod tamen, nihil imposuisse videbimur. Nam ipse D.Martinus dicit, quod maior pars potest præiudicare minori: quia non habent canonici suas portiones iure particulari:& hoc idem dicit *Abb.in dicto loco. num.5.* vt nesciam, quomodo neget 1 hoc D.Martinus:præterea ipse D.Martinus sequitur in fin. *Decium in dicto c.cum omnes.* Et ita est sibi contrarius, cum Decius reprobet Abbatem,& ipse vtriusque opinionem approbat: Decij vero intellectum nos reprobauimus latè in dicto libello,quem nunc, recantans palinodiam, reprobando Abbatem D.Martinus sequitur: cum tamen ferè ipsius Abbatis verbis posuerit in dicto loco prædictum Abbatis intellectum.

SVMMARIVM.

1 *Iterum de intentione legis: & aliud esse intentionem legis,aliud voluntatem,& mentem.*

IN LXXIII. monito D.Martinus, sui immemor, reprehendit nos, quòd dixerimus,intentionem legis non obligare,sed legem: cum tamen id expresè hoc approbauerit, & confirmauerit ex allegatis per nos supra in monito lxxij. isto verò monito lxxiij. dicit falsè, aut certè impropriè nos hoc dixisse: cum tamen verissimè, & proprijssimè id dixerimus, maximè in eo proposito de quo agebamus: scilicet quòd licet intentio applicantis beneficiato illam portionem fuisset, vt ipse commodè, & honestè viuere possit, se & suos sustentare,& pauperibus subuenire:non tamen obligatus

tus ex lege iustitiæ clericus hanc intentionem adimplere, neque ad hunc finem tendere: si cut lex diuina, quæ iubet festa obseruari, ea intentione fecit, vt Deo gratias redderemus, & quod à seruilibus verè, idest peccatis abstineremus: non tamen hæc legis intentio obligat, sed solum lex: ita vt qui eo die adulteratur, nõ frangat præceptum obseruationis festi, sed id frangat sutor, calceos suens, licet hic, quam ille minus peccet: sed non in hoc præcepto obseruationis festorum: quia hic, & non ille, quo ad id peccat: vt latè diximus ex *diuo Thoma, in dicto libello 4. parte in c. 2. num. 7.* nec enim nos dixi-
1 mus sensum legis & voluntatem non obligare: contra quod tendunt omnia argumenta D. Martini, quæ sunt vulgatissima: licet omiserit illam ordinariam *legem, non dubium. C. de legibus, & l. scire leges. ff. de legibus & cap. intelligentia & c. propterea. de verb. signific.* nam aliud est finis ad quem respicit intentio, quæ obligationem non inducit, aliud est medium, ad quod voluntas, & mens legis respicit: quæ mens, & voluntas est ipsa lex, vt dicit tex. in *d. l. scire leges, & dict. l. non dubium.* Et de ista intentione diuidentium vide quæ diximus supra circa moni. xlj.

SVMMARIVM.

1 *In hoc monito & sequentibus D. Martinus multa eisdem verbis, vt solet, ex libro suo de redditib. Ecclesiast. transfert.*

1 IN LXXIIII. monito D. M. transcribit octo paginas ex suo libro de redditi. Ecclesiast. q. 1. nu. 41. vsque ad 47. à pag. 47. vsque ad 54. & reprehendit me, quod post Sotum dixerim, nescio quid: quod non reperio me dixisse, neque ipse locum citat aliquem: ideò licet multa falsa, & ad rem minimè pertinentia dicat: tamen quia tot earundem rerum repetitionibus tædium maximum generatur, huius moniti omissione aliquantulum recreemur.

In monito LXXV. idem facere possumus: cum in eo repetat, & transcribat ea, quæ in libro de redditib. Ecclesiast. & millies supra dixerat, transcribit enim ex dicta q. 1. à num. 49. vsque ad 53. à pag. 58. vsque ad 62.

Idem facit in monito LXXVI. nam transcribit ad literam, vt solet, nouem paginas ex dicto suo libro q. 1. num. 53. vsque ad lix. pag. lxij. vsque ad lxx. & quia hæc monitoria non sunt contra me solum, sed contra plures, ideò his alij interesse sua putantes, poterunt respondere: & ipsemet D. Martinus qui multa dicit contraria his, quæ in libello de redditib. Ecclesiast. dixerat.

In monito LXXVII. repetit D. M. multa quæ tam superius, quam in libro de redditib. Ecclesiast. dixerat: nam primam paginam huius moniti transcribit ex dicta 1. q. sui libri. nu. 59. reliquas verò paginas transcribit ex num. 66. pag. 76. vsque ad pag. 83. nec applaudendi occasionem prætermittit.

LXXVIII. monitum continet etiam repetitionem eorum, quæ D. Martinus N. sæpè dixerat, vt & historiam S. Mariæ del Paular toties decantatam non omiserit, transcribendo à dicto suo libro de redditib. Ecclesiast. has totas octo paginas, vt potest videri in dicto libro 1. quæst. nu. 78. cum sequentib. p. 83. vsque ad p. 91. & in nu. 3. post medium vsque ad finem, ponit quẽdam computum Arithmeticum, seu potius Sophisticum, quo eludit suam opinionem, & eam vanam relinquit: sicut & in libro suo de redditib. Ecclesiast. in q. 1. num. 70. cum sequentibus fecit: vnde transcripsit omnia, quæ hic ponit ad literam, vt in hac apologia omnia sua melius conseruentur, quod an futurum sit, Deus scit: quia, vt inquit *Martial.*

Victurus genium debet habere liber.

Alia quæ in hoc monito sunt alicuius momenti explicabimus in 2. parte huius libelli, circa monitum 4. vbi omnino videatur.

LXXIX. monitum repetitio est parum opportuna, & prosequitur transcriptionem ex dicto loco, à pag. 91. vsque ad 95.

LXXX. monitum repetitio etiam est, non prima, sed tertia, vel quarta earũdem rerum cum suis historijs: nam hic transcribit vndecim col. à dicto libro de redditib. Ecclesiast. quæst. 1. à pag. 97. vsque ad 109. Hic solum notabimus, quod in num. 5. canonicos regulares S. Isidori Legionensis, & Roncæ vallis vocat Commendatores, quod inauditum hucusque est, vt latiùs notauimus supra circa monitum lv. & infra circa monitum lxxxij.

LXXXI. monitum longissima repetitio est: & ad literam transcribit nouem columnas à dicto lib. 2. à pag. 109. vsque ad 117. sed non tangit nos, ideò omittemus, quæ hic dicit: solum id animaduertentes, quòd non est verum dictum Cardinalis, quod hic allegat, & millies aliàs tam in ista apologia, quàm in dicto libro de reddi. Eccles. vt iam supra notauimus circa vndecimum monitum.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus errat in facto, putans Commendatores habere Ecclesias.*
2 *Clerici S. Iacobi, & S. Isidori non sunt Commendatores: sed isti, sunt regulares canonici, illi verò freiles appellantur.*
3 *Sustentatio clerici, præfertur fabricæ, & reparationi Ecclesiæ, quoad fructus beneficij.*
4 *D. Martinus est sibi contrarius: & allegat text. qui facit contra se.*
5 *D. Martinus ita componit historiam Regis Catholici, vt melius fecisset, si illam omisisset.*

IN LXXXII. monito D. Martinus multa hic transcribit, paucis verbis mutatis ex dict. q. 1. pag. 117. vsque ad 127. & adiungit quædã, quæ nos allegauimus, & nos reprehendit, solum vt nos reprehendat: quia re ipsa sequitur ea quæ nos diximus, de donatione facta in articulo mortis ab illis, qui testari prohibẽtur: imo vtitur nostris argumẽtis, & exẽplis, tanquã à se inuẽtis, quod apparet ex illo simili B. Laurentij:

alia omnia quæ dicit, sunt sæpissimè iam dicta, tam suprà in hac sua apologia, quam in libro de redditib. Ecclesiast. vt tædium sit, toties eadem scripta relegere: solum hic dicam, quod infert in fine huius longissimi moniti, Commendatores, seu milites religionum non fore excusandos, si ex eo, quod necessarij sint ipsis sustentandis redditus sui, habent templa minantia ruinam, vel non vti decet apparata: quia, vt ipsemet supra dixit, non debet considerari eorum necessitas secundum statum suum, sed qualitas redditiuum beneficiorum:
1 quia in hoc duo sunt consideranda. Primo, quod errat in facto, nam putat istos Commendatores habere Ecclesias, quod falsum est in facto, quia nullas habent Ecclesias: sed sunt sub illis parochijs, in quibus degunt, sicut & alij seculares, & sub iudicibus etiam secularibus, vt supra dictum est circa monitum lv. nam illi qui habent Ecclesias, neque milites sunt, neque Commendatores, sed freiles vulgo appellantur, & sunt clerici regulares: sed D. Martinus omnes vult facere Commendatores, & milites, vt religiosos monasterij Roncæ vallis,
2 in quo ipse est regularis, & S. Isidori, quæ sunt monasteria canonicorum regularium, faciat Commendatores, vt notauimus in monito octogesimo.

Secundo in eo etiam decipitur D. Martinus: quod existimat, clericum, qui habet beneficium, ex quo colligit tantum eos fructus, qui sibi sunt necessarij ad se sustentandum secundùm conditionem suam, & dignitatem, teneri,
3 sibi adimendo, conferre in reparationem suæ Ecclesiæ: ex eo quòd ad hoc debeat assumere alimenta secundùm conditionem sui beneficij, non secundum conditionem suæ personæ,
» hæc est opinio D. M. N. quam probat ab absur-
» do, dicendo: nam si oppositum contendas, co-
» geris fateri necessariò, filium regis habentem
» duo beneficia, quorum vtrumque valeret
» octingentis aureis, nequaquam obligandum
» ad contribuendum partem vllam, vel mini-
» mam in Ecclesiarum reparationem, & orna-
» mentorum: quod est planè absurdum, &c. Sed mihi non videtur aliquod absurdum, si clericus regis filius aliunde non habet, vnde se alat: nam Parochiani tunc tenentur ad reparationem, quando clericus est pauper: vt per *Abb. in cap. 1. de Eccles. ædificand.* quod si ipse aliàs habet, vnde se alat: prius incipiendum est à beneficiato, qui habet ab Ecclesia fructus, quam à Parochianis: nisi esset consuetudo in contrarium, vt *ibi* dicit *Abbas*, & ita decipitur in hoc D. Martinus.

Errat etiam, quia est sibi contrarius in omnibus, quæ supra dixit: semper enim voluit clericum in his, quæ pro suis alimentis, & sustentatione sunt necessaria, præferri pauperibus: & esse liberam eam partem, sicut bona patrimonialia: & considerari personæ conditionem in hoc, & decentiam status: vt ipse D. Martinus dicit in 1. q. monito xxxij. num. 2. & monito xxxj. pag. 119. & monito xxx. pag. 113. & monito proximè sequent. 3. colum. ergo sicut est libera à pauperibus, debet esse libera à fabrica, cum sint eiusdem rationis: & ita hæc opinio D. Martini est falsa, nec vlla nititur ratione, & est contra text. expressum, quem ipse citat, in *cap. de his. de Eccles. ædificand.* vbi text. inquit, De his, qui parœciales Ecclesias habent, duximus respondendum: quòd ad reparationem, & institutionem Ecclesiarum cogi debent, cum opus fuerit, de bonis, quæ ssunt ipsius Ecclesiæ (si eis supersint) conferre, vt eorum exemplo cæteri inuitentur.] Ecce quòd vbicumque non superest clerico, non tenetur conferre: non obstat, quòd necessitas naturæ conseruandæ, præfertur necessitati conseruandi decorem: quia hic non agimus de persona, vt sit naturæ necessitas. Item hic fit transitus ad Parochianos, quando clericus non habet, vnde subueniat. vt supra dictum est. 4

In LXXXIII. monito D. Martinus transcribendo 24. pag. à dicto suo libro, pag. 127. vsque ad 149. repetit omnia, quæ de nostro Catholico Rege, in libro de redditib. Ecclesiast. per plures paginas dixerat: sed si meum consilium cepisset, omisisset profectò ea, nec omnium clarissimi Regis nostri Philippi laudes sine vllo rerum, verborum, ac sententiarum delectu retulisset. 5

In LXXXIIII. & vltimo monito primæ quæstionis, D. M. Nauarrus repetit ad literam nouem paginas cum suis summarijs, quas scripsit in libro de redditib. Ecclesiast. 1. q. pag. 149. vsque ad pag. 158. à num. 99. quæ pertinent ad moniales, nec tangit nos, ideò omittamus: & huius nostræ defensionis primam hanc partem absoluamus.

PARS

DEFENSIONIS LIBELLI DE REDDITIBVS ECCLESIASTICIS, AB IMPVGNATIONIBVS D. DOCTORIS MARTINI NAVARRI.

PARS SECVNDA.

SVMMARIVM.

1 *Titulus quæstionis ostendit, D. Martinum in præcedenti quæstione sibi aduersariam fingere.*

DOMINVS Martinus Nauarr. præmittit titulum secundæ quæstionis, qui talis est, an beneficiarij impendentes superflue, vel profane redditus suorum beneficiorum, non solum peccent mortaliter, sed etiam teneantur ad restitutionem: ex quo apparet, quod in præcedenti quæstione tractauit, non de restitutione, sed de peccato, licet titulum ambiguum proposuerit, ne videretur vanè pugnare: vt diximus in part. præcedenti circa monitum xl.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus non rectè refert, quæ nos diximus.*

2 *Non semper tenetur ad restitutionem, qui ex lege iustitiæ tenetur, sed cum distinctione.*

IN monito primo huius secundæ quæstionis D. Doctor Martinus ab Azpilcueta Nauar. ita inquit: falsum esse quod Præfatus N. ait, videlicet quod quicumque possunt compelli per iudices ad aliquid faciendum, tenentur ad illud lege iustitiæ veræ, & specialis, cuius transgressio ad restitutionem obligat. Hæc ille, circa
1 quod primo notandum est, quod D. Martinus Nauarrus non rectè refert sententiam nostram: ideò non allegat locum, in quo hæc diximus: quinimmo nos contrarium diximus, scilicet, non esse verum semper per legem iustitiæ obligate ad restitutionem: quia lex iustitiæ subsidiaria non obligat ad restitutionem, vt in eo accidit, qui pauperi, in extrema necessitate constituto, non subuenit: & in
2 patre, qui non alit filium, qui non tenetur ad restitutionem: vt latiùs prosequuti sumus, in libello de redditibus Ecclesiasticis lib. 3. cap. 4. numer. 5. pagin. 62. reprobando Dominum Martinum, & Dominicum de Soto, tenentes contrarium: simpliciter autem quicumque tenetur aliquid facere, & compelli potest per iudicem, teneri eum, ex lege iustitiæ verissimum est: vt circa sequens monitum ostendemus, non tamen semper tenetur ad restitutionem, quia vt in dicto libello diximus, lex iustitiæ in subsidium, & non simpliciter inducta etiam si specialis sit, quicquid Dominus Martinus velit, non obligat ad restitutionem: argumenta autem quæ ipse hic proponit, fateor me non intelligere, quid faciant ad hanc rem, de qua agimus.

SVMMARIVM.

1 *An pater teneatur alere filium ex lege iustitiæ specialis, & quid de fratre, infra num. 5.*

2 *Inter patrem, & filium, maritum & vxorem non datur propriè iustitia secundum S. Thomam, nihilominus tamen oritur obligatio restituendi.*

3 *An obligatio descendat ex æquitate naturali, vel legis rigore, nihil interest, vt quis teneatur ad restitutionem contra D. Martinum.*

4 *Obligatio de liberis alendis, est specialissima, contra D. Martinum.*

5 *Quod frater alat fratrem, est à lege ciuili inductum.*

6 *Inter patrem & filium, vbi deuenitur ad iudicium, est propria, & vera iustitia.*

7 *Debitum legale descendit ex lege iustitiæ: ad quod reddendum, potest quis astringi.*

8 *Noua ratio, vt clericus ad restitutionem male expensorum non teneatur.*

IN secundo monito reprehendit nos Dominus Martinus, quod dixerimus, legem iustitiæ obligare ad restitutionem: nisi vbi lex iustitiæ esset subsidiaria, quia tunc non obligat ad restitutionem, vt posuimus exemplum in patre, qui ex lege iustitiæ tenetur alere filium, qui egeat, neque sibi sufficiat: & per contrarium filius patrem, quod si non fecerint, non tenentur ad restitutionem: quia alimenta præterita peti non possunt, neque restituere 1

pater tenetur: vt latè in nostro libello de redditibus Ecclesiasticis probauimus, in parte 3. in capit. 5. numer. 5. & in eadem 3. parte in cap. 4. numer. 5. cum sequentib. quæ hic non repetemus. Causa enim ob quam obligatio oriebatur non perpetua est, sed variabilis: ideò ea mutata perimitur obligatio, sicut de excusatione dicimus in *l. cura, in §. deficientium, ff. de munerib. & honorib.* Sic etiam dicimus actionem perimi, si creditoris desinat interesse: in *lege si seruus furtiuus, ff. de condit. furtiu.* ibi, Nam neque petitoris iam interest,] & in *lege si ex conuentione, C. de pactis*, cum alijs quæ adduximus in libr. 2. Selectarum interpretation. in cap. 1. numer. 5. Sic eadem ratione ius agendi crescit, vel minuitur, *in lege cum ex causa, & in lege sunt qui in id, ff. de re indicata.* & extinguitur. vt in *lege si mulier, ff. soluto matrimonio.* Dominus autem Martinus vult, illam regulam semper & vbique esse veram: vt vbicumque quis ex lege Iustitiæ tenetur, sit obligatus ad restitutionem: etiam si causa mutetur, & negat ex lege iustitiæ speciali teneri, patrem filium alere, sed ex æquitate, & charitate: citat *legem si quis à liberis, ff. de liberis agnoscend.* Et ita Dominus Martinus dicit, quod doctores, qui dictam regulam posuerunt: scilicet, vt qui tenetur ex lege iustitiæ, teneatur ad restitutionem, loquuntur de lege iustitiæ speciali. verùm ego hanc regulam non reprobaui, sed limitaui verissimè, vt restringatur, quando lex obligat simpliciter, non autem procedat, vbi lex non obligat ad aliquid simpliciter, sed in subsidium, quatenus ille egeat: quia talis lex non obligat, pro præteritis, ad restitutionem: necessitas enim quæ iam præterita est, ob quam oriebatur obligatio, hodie cessat. sed vt supra diximus dominus Martinus, vt fugiat nostrum indissolubile argumentum, negat patrem teneri filio ex lege iustitiæ speciali, sed ex sola æquitate, pro cuius opinione licet ipse non alleget, facit doctrina *sancti Thomæ, in secunda secundæ, quæstione 58. articulo septimo ad pri-*
2 *mum*, quod inter patrem & filium, maritum & vxorem, dominum & seruum, non potest dici iustitia simpliciter, quia debet esse ad alterum, vt dicit *Aristotel. 5. Ethicorum.* Sed hæ personæ pro vna habentur: facit *vulgata lex final. C. de impub. & aliis, & l. vix certis, & in lege lis nulla, ff. de iudic. & idem sanctus Thomas in articul. 4. eiusdem quæstion. 58.* sed hæc doctrina beati Thomæ, vt nos statim ostendemus, destruit opinionem Domini Martini, quia hæc iustitia quæcumque sit, obligat ad restitutionem, vt patet ex *toto titulo C. & ff. rerum amotar. & in l. si quis vxori. ff. de furt. in l. serui corrupti. ff. de seru. corrupt.* quia maritus potest compellere vxorem ad restitutionem eorum, quæ abstulit, constante matrimonio: & tenetur ipsa, & hæredes eius ad restitutionem in foro exteriori, & conscientiæ. Item & hoc destruit omnia dicta per Dominum Martinum: quia ex

eadem æquitate, & charitate, ex qua descen- 5
dunt alimenta, debentur & dos, & legitima: sed in his pater tenetur etiam ad restitutionem, si iniustè eos priuet, vel exhæredet. ergo regula sua, & distinctio, an descendat lex ex æquitate naturali, vel ex rigore, nihil valet: putat enim D. M. non esse legem ciuilem ea ratione, quod æquitate & ratione naturali sit statuta. in quo maximè errat, quia omnis lex ciuilis, seu positiua, in tantum habet de ratione legis, in quantum à lege naturæ deriuatur: vt per *sanctum Thomam in prima secundæ, quæst. 95. in artic. 2.* quia, vt inquit *Cicero*, quem ipse refert, Res à natura profectas, & à consuetudine probatas, legum metus, & religio sanxit. Alioquin vbicunque æquitas versatur naturalis, in lege ciuili non diceretur, oriri obligationem ex lege iustitiæ, quod ridiculum esset, quod vbi per legem ex bono & æquo agitur, cessaret lex Iustitiæ: vt in commodato, deposito, tutela, societate: vt in *leg. bona fides, ff. deposit. & in l. 3. C. pro soci. l. si seruus communis.* quæ est lex notabil. *ff. de furt. per totum.* & in criminalibus *in lege respiciendum, & l. aut facta. ff. de pœnit.* Optimus textus in *lege prima, in princip. ff. si quis testato. liber. esse iuss. fuerit*, ibi, Naturalem in se potius, quam ciuilem habet æquitatem, siquidem ciuilis deficit actio, sed natura æquum est, non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est.] Nam hæc quam nunc citaui lex, ex æquitate inducta, iustitiæ specialis est constitutio, quod nemo negabit: sic & furtum lege naturali prohibitum est, vt in diffinitione furti apparet. in *lege 1. in §. final. ff. de furt. & in lege probrum, de verbor. signification.* & tamen, & actio furti, & condictio furtiua ex lege iustitiæ speciali descendit, & vide quæ dicemus infra in monito sexto huius partis, & est optimus textus, in *l. cum res, C. si aliena res pignor. dat. sit.* ibi, Ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est. Sed tamen æquitatem facere, vt facilè vtilis persecutio exemplo pignoratitiæ detur.] Præterea, vt 4
rem clarius ostendamus, falsum est, legem de alendis liberis vndecumque descendat, non esse legem specialem, quia est specialissima, vt ad sensum patet: & licet fundetur in æquitate naturali, nihil efficit. Nam alias nulla ferè diceretur lex iustitiæ, cum omnes, vt dictum est, fundentur in æquitate naturali, maximè prætoriæ. vt in *l. quod si Ephesi. in fin. ff. de eo, quod certo loco.* Nihilominus leges sunt prætoriæ speciales: & ita ius ciuile, est id, quo pater nunc compellitur filium alere, & per contrarium: vt in *l. ius ciuile, ff. de iustitia & iur.* vbi textus inquit, Ius ciuile est, quod nec in totum à naturali, vel gentium recedit, neque per omnia ei seruit. Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est, ciuile efficimus.] Talis est lex iustitiæ, quæ de alendis liberis est constituta, *in titul. de liber. agnoscen.* quæ non per omnia à iure naturali restringitur, sed

ex

ex moribus ciuilibus alimenta constituit, quæ lex, sicut & aliæ, speciales leges sunt, quæ non solum filijs primi gradus, sed & nepotibus, & alijs concedit: & non tantum alimenta, sed & cetera omnia lex iubet, liberis à patre exhiberi, in §. *non tantum, in dict. l. si quis à liber. ff. de liber. agnoscend.* Item vt non solum hi, verum eorum hæredes hæc præstare teneantur, si sit magna egestas, vt §. *Item rescriptum sit.* Item quod onus pertineat, vel ad lineam maternam, vel paternam, nonne hoc iuris ciuilis, & lex specialis est? vt *l. non quemadmodum, ff. de liber agnosc.* Item si facit filius artificium, & sit nobilis, ex iure ciuili, cognitio hæc descendit: per *Bartol. in l. final. de mendicant. Vali. lib.* 11. cum natura æquales omnes homines sint. vt §. *ius gentium, versicul. bella. de iure naturali.* Et quod frater fratrem alat, nonne iure ciuili est constitutum? vt notat *glo. in l. 1. C. de alend. liberis à parentibus, & in l. si quis à liberis, in §. vtrum, ff. de liberis agnoscend.* latius *Tiraquell. de primogenit. quæst. 4. num. 33. Ripa in l. filiusfamilias, in §. diui, num. 42. de legat. 1. Boer. decis. 129. & 130.*

Quod verò dicit *sanctus Thomas*, non dici propriè iustitiam inter patrem & filium, maritum & vxorem, vt diximus, non impedit, obligationem restitutionis inter eos oriri, & in his casibus, quibus lis inter eos consistere potest, quin sit propriè iustitia, & quod idem *sanctus Thomas in eadem quæstion. 58. articul. 7.* dicit, inter hos esse quandam iustitiam œconomicam, id est, dum domesticæ res deciduntur, vbi ve-
6 rò ad iudicium deuenitur, iam est iustitia simpliciter: vt in *l. congruentius, C. de patria potest.* quia id excedit potestatem œconomicam, & paternam: & vbicumque est iudicium, ibi est actus iustitiæ simpliciter, & specialiter: vt per *eundem sanctum Thomam 2. 2. quæstion. 60. articul. 1.* iudicium enim superioris, qui vtrumque valet arguere, & ponere manus super ambobus, vt verbis sancti Thomæ vtamur, ad iustitiam specialem pertinet, & ita iudicium inter patrem & filium ratione alimentorum consistit. Item si fingas emancipatum filium res expeditione erit, vt *in l. final. C. de in ius vocand.* Item in liberto qui egentem patronum alere tenetur. vt in *dicta l. si quis à liberis, in §. solent,* vsque ad finem legis cum sequent. & in *l. final.* & quod alimenta ex iustitia debeantur, probatur in *l. 1. C. de alend. liber.* ibi, Iustum.] Item debitum hoc est legale, ergo descendit ex le-
7 ge Institiæ particulari, vt dicetur infra num. 8. & expresse *sanctus Thomas secunda secundæ, q.* 80.
» dicit: debitum hoc legale quidem est, ad quod
» reddendum, aliquis lege Iustitiæ astringitur: &
» tale debitum propriè attendit iustitiam, quæ
» est principalis virtus, ergo alimenta debentur
» ex lege puta iustitiæ particularis, de qua *sanctus Thomas* loquitur: quæ efficit, vt peti possit in iudicio. vt notat *Caietanus in secunda secundæ quæstion. 88. articul. 3. in princip.* & patet ex diffinitione obligationis. *in princip. de obligation.* vbi textus inquit, Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius rei persoluendæ, secundum nostræ ciuitatis iura,] & ita opinio nostra quod in obligatione in subsidium cesset restitutionis vinculum, intelligendo obligationem in subsidium, vt dicemus infrà in monito v. est vera, neque quod limitet, & declaret doctorum opinionem, propterea est contra communem: licet Dominus Martinus suam opinionem contrariam, dicat communem: idque non semel facit, etiam si nullus Doctor teneat suam opinionem, vt hic facit in fine.

Ex supradictis & præcipuè ex doctrina sancti Thomæ colligitur fortissimum argumen- 8
tum, vt clericus numquam teneatur ad restitutionem malè expensorum: quia non tenetur ex lege iustitiæ pauperibus quod sibi superest distribuere, si enim teneretur vbicunque obligatio ex lege iustitiæ descendit, efficit secundum sanctum Thomam, vt peti possit in iudicio, sed clericus compelli non potest per iudicem, vt id, quod sibi superest, pauperibus largiatur, secundum *eundem D. Martinum Nauarr.* in 2. quæst. in monito vj. contra *Aluar. de Pelag. & Card.* quos ante ipsum allegauimus in nostro libello de redditibus Ecclesiastic. in 3. par. in cap. 4. numer. 7. in fine. Ergo non tenebatur ex lege iustitiæ id facere contra Dominum Martinum. Et ideò cum lex Iustitiæ cesset, non possunt pauperes in iudicio id petere, nisi vbi extrema esset necessitas: vt latissimè declaraui in meo libello de redditibus Ecclesiasticis in 3. part. in dicto cap. 4. per totum: & hoc comprobatur ex regula quam constituit *Dominic. de Soto,* quæ videtur concordare cum sopradictis in *lib. 4. de iustitia & iure, & quæst. 6. articul. 2. in 4. conclusi.* vbi ponit hæc verba: Extat deinde argumentum, quod restitutio in foro „
conscientiæ non obligat, nisi illis casibus, qui- „
bus, si veritas publicè constaret, obligatio se- „
cundum leges oriretur in foro exteriori: at ve- „
rò neque Papa, neque Prælatorum vllus, talis „
reum criminis compelleret illa, pacto restitue- „
re: nulla ergo est obligatio in conscientia. Sic in clerico cum nullus iudex eum compellere possit, malè expensa ex redditibus Ecclesiasticis restituere, ergo nulla est obligatio restituendi in conscientia. nam vbi aliquid debetur, ibi est actio, siue ius persequendi in iudicio. vt in *l. nihil aliud, ff. de action. & obligat. & in princ. institut. de action.* facit textus *in l. si cui, in §. creditores, eodem titul. & l. creditores, & l. creditorum, ff. de verbor. significat.* vbi ergo non datur ius persequendi in iudicio, ibi debitum non est: quod argumentum adeò vrget, vt credam malè aduersæ opinionis authores posse illi satisfacere: facit *l. actionis, verb. de actionib. & obligation. & lex debitor, ff. de verbor. significat* optimus textus *in l. pecuniæ verbum, in §. final. eod. tit.*

S V M-

SVMMARIVM.

1 *Quando lex iustitiæ obliget ad restitutionem.*
2 *Caietanus loquitur solum de patientibus extremam necessitatem.*
3 *Caietanus loquitur de lege iustitiæ speciali, contra Dominum Martinum, & de illa, quæ opponitur auaritiæ.*
4 *Officium iudicis. non producit obligationem.*

IN III. monito, Dom. Martinus reprehendit
nos, quod defendimus, in extrema necessi-
tate, ex lege iustitiæ, nedum charitatis, teneri
diuites, pauperibus subuenire, & id facere in
iudicio compelli posse: quia dicit, id lege mise-
ricordiæ, non iustitiæ deberi, quæ versatur cir-
ca reddendum legale debitum, & quia si ex le-
ge iustitiæ tenerentur, si non subuenirent, ad
restitutionem essent obligati: sed ne rem to-
ties repetamus, ego satis superque probaui in
meo libello, in 3. parte, in capit. 4. numet. 3.
oriri ex lege iustitiæ obligationem subuenien-
di pauperibus in extrema necessitate existen-
tibus, alijs autem ex lege tantum charitatis, &
1 quod dicitur si ex lege iustitiæ, ergo tenerentur
ad restitutionem, ego distinxi legem iusti-
tiæ, quia lex iustitiæ obligat ad restitutionem,
quando simpliciter, non autem in subsidium
lex statuit: tunc enim non obligat ad restitu-
tionem, vt diximus in præcedenti monit. &
in dicto libello: quod non satis intellexit Do-
minus Martinus Nauar. nec respondet nostris
fundamentis.

Item responsum, quod dat ad authorita-
tem Caietani, qui tenet nostram opinionem,
apertissimè est falsum. dicit enim D. Martinus,
quod *Caietanus* non loquitur de iustitia specia-
li, sed generali: quæ, vt ipse Dominus Nauarrus
suprà dicit, conuenit cum omnibus virtuti-
bus, & sic videtur respondere, Caietanum lo-
qui ex lege charitatis potius quàm iustitiæ,
quod responsum sustineri non potest. Primo,
quia lex charitaris sola non inducit actionem
in iudiciu. Secundo non esset differentia inter
2 extremam necessitatem, patientes, & leuem
necessitatem: sed de his qui patiuntur extre-
mam, tantum loquitur Caietanus: & quoad
istos, dicit interuenire legale debitum, ratione
necessitatis extremæ, & debitum legale ibi et-
iam appellat *S. Thomas*, scilicet, quando quis re-
tinet alienum: ergo Caietanus non potest in-
telligi de lege charitatis, quæ est communis, &
non patientibus extremam necessitatem. Ter-
tio, quia Caietanus dicit, teneri ex legali debi-
to, ergo non ex lege charitatis, quæ non produ-
cit debitum legale. Quarto quia expressè di-
3 cit, quod talis violat iustitiam, & non liberali-
tatem: ergo loquitur de mera, pura, & simplici
iustitia, cui opponitur auaritia, non verò de li-
beralitate: vt latè declarauimus dicto loco, in
num. 5. ex *S. Thoma* 2. 2. *quæst.* 118. *artic.* 1. & 2. &
D. Martinus fatetur, in quæst. præcedenti, mo-
nito xxxiij. numer. 2. Ergo Caietanus loquitur
de iustitiæ lege speciali, & specialissima, quic-
quid velit D. Martinus repugnantibus verbis
Caietani in dicta quæst. 118. in art. 3. dicit enim
expresse hæc verba, Quia violatio legalis debi- »
ti, in diuitijs, iustitiam violat, non liberalitatē: »
nescio quomodo Dom. Martinus Caietanum »
contra verba clara, & expressa ipsius Caietani
vult interpretari, cùm appellet legale debi-
tum, & dicat violare iustitiam eum, qui id non
reddit. Hæc autem omnia quæ dicta sunt de
legali debito ad actiones pertinent: Quia actio
est ius persequendi in iudicio eius, quod sibi
debetur,] vt in *principio institut. de actio.* nam
vbi solum competit officium iudicis, quod
obligationem non præsupponit, vt Doctores
dicunt, per *l. qui per collusionem ff. de action. emptio. & vendit.* licet ille text. loquatur de officio iu- 4
dicis mercenario, donec ad iudicem eatur, non
potest considerari restitutionis obligatio: vt in
l. cum postulassem ff. de damno infect. & idem con-
tingit in contractu valido gesto cum minore:
licet detur in integrum restitutio, vt non te-
neatur restituere, qui cum minore contraxit,
donec minor in integrum restitutionem petat,
contrarium tamen erit, si contractus sit nullus,
vt in donatione: quia tunc actionis iure tene-
tur donatarius, vel vbi dolus interuenit. vt de
vtroque est textus, in *l. in causæ c. ff. de mino.* nisi
retentio sibi competat in contractu nullo, pu-
ta emptionis ad pretium datum, in quo minor
effectus sit locupletior, de quo videnda sunt
quæ dixi in libello de redditibus Ecclesiastic.
in 1. part. in cap. 2. num. 4. 5. & 6.

SVMMARIVM.

1 *Error D. Martini.*
2 *Communia esse omnia in necessitatibus, quomodo intelligatur.*
3 *Pauperi extrema patienti datur actio, & qua actio ei sit.*
4 *Regula id quod nostrum est, qualiter intelligatur.*
5 *Factum iudicis. & factum partis æquiparantur.*
6 *Finita necessitate, an teneatur restituere ille, qui ob necessitatem accepit.*

IN IIII. monito D. Martinus, vt comprobet
suam opinionem, quam in præcedenti mo-
nito tenet, dicit, veriorem esse eam, neminem »
fieri verum dominum rei, qua eget, ad libe- »
randum se ab extrema necessitate, licet iustè, »
possit eam accipere, etiam authoritate pro- »
pria, & ea vti, quatenus esset ad id necessaria, »
quàm opinionem contrariam: sed quod pace »
eius dixerim D. Martinus non intellexit Do-
ctorum opiniones. non enim volunt Docto-
tes, quod efficiatur dominus, in extrema ne- 5
cessitate existens, ipso iure: nam neque earum
rerum, quarum dominium vacat, quis efficitur
dominus, ante apprehensionem. vt in § *fera, in- stitut. de rerum diui.* vbi textus inquit, Feræ igitur
bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia anima-
lia, quæ mari, cælo, & terra nascuntur, simulat-
que

quę ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt, quod enim ante, nullius est: id naturali ratione occupanti conceditur.] Cogimur à domino Martino prima principia repetere: & quod dicetur in necessitati-
2 bus omnia esse communia, non intelligitur, vt ipso iure acquirantur: sed eo modo quo iure naturali acquiritur dominium, scilicet, per apprehensionem, non obstante priori, quod alius habebat dominio, & ita debent intelligi, quæ dicit *sanctus Thomas in 2.2. quæst. 32. artic. 7. ad tertium, & artic. 8. ad primum, & quodlib. 5. quæst. 9. artic. 17. & Cardin. Turrecrem. in cap. quamob rem, de pœnitent. distinct. 1. & in cap. singulis, 3. colum. 86. distinct.* quæ hic refero, licet in libello de redditibus Ecclesiastic. retulerim, in 3. part. cap. 4. numer. 3. quia in prima impressione Romæ facta, fuit erratum in his allegationibus, & ita diximus, pauperi dandam actionem, vbi extrema patitur: non vt ipso iure fiat dominus, sed vt actio personalis, non autem vendicatio ei competat.

3 Quæ autem actio sit, vt nihil intactum relinquamus, dicimus: quod erit condictio ex lege ciuili, quæ inuenit actiones ex ratione naturali, diuina, & iure gentium. vide quæ notat *Bartol. in l. 1. ff. de condict. ex lege.* condictiones autem, esse actiones personales certum est. *§. appellantur, de actio. instit.* denique apprehendere potest pauper in extrema necessitate existens, id, quod sibi est necessarium, & apprehensione dominus efficietur: etiam renuente eo, & inuito, in cuius bonis, & dominio res prius erat: ante apprehensionem tamen debitum sibi est, non tamen ipso iure est suum, quippe ante apprehensionem non quæritur ei dominium.

4 Neque obstat argumentum D. Martini Nauarri, scilicet, id, quod est vnius, sine voluntate ipsius, alterius effici non potest: quia verum est, nisi lex ex iusta causa id efficiat. nam bona quæ confiscantur, mutant dominium inuito eo, qui prius dominus erat, aliquando ipso iure, aliquando per executionem. vt *cap. cum secundum leges, de haeretic. libr. 6. & in l. donationes in concubinam, in §. final. ff. de donation. & in l. commissa. ff. de publica. & vectigali. & l. qui pœna. ff. de manumission. & in l. deportati. C. de bono. proscripto. seu damnat.* & condemnatus furti ad quadruplum, dominium suæ rei inuitus amittit. nam legis executio facta à iudice, & factum partis æqui-
5 parantur: vt est textus notandus in *l. 1. C. si in causam iudicat. pign. capt. sit.* cuius verba, quia est optima lex, referam, inquit textus: Res ob causam iudicati datas, eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri, ac distrahi posse, sæpe rescriptum est. nam in vicem iustæ obligationis succedit ex causa contractus, auctoritas iubentis.] & est textus *in l. si ob causam, C. de euictioni.* facit textus notandus in *l. seruus hac lege. ff. de manumission.* not. *Bartol. in suis quæstionibus, in 1. quæst. numer. 12.* facit quæ notat *idem Bartol. in l. 3. C. de pignor. num. 23.* facit textus in *§. final. institut. de offic. iudic.* vbi iudex potest mutare dominium: facit textus *in l. qui restituere. ff. de rei vendic. & l. iustè possidet. ff. de acquirend. possess. & l. generaliter, ff. de noxali actio. optima gloss. in §. creditor. instit. quibus aliena. licet, vel non.* Et tradit *Tiraquell. de vtroque retract. in prima parte, in §. 1. in gloss. 14. num. 13.* & vide quæ tradit *ipse in tracta. de iur. constitut. in 3. parte, in 17. limitatio.* denique ratio D. Nauarri, quod id quod nostrum est, sine voluntate nostra auferri non potest, nihil valet: quia ex causa potest auferri, & à lege, & à iudice, & à parte, ex legis permissione, vt in specie proposita.

Quod vero D. Martinus ait, sufficere, vt succurratur extrema patienti, commodando, vel locando ei, & ita sufficit, rem illam accommodare, qua pauper eget, etiam non tradendo dominium illius. vt sentit *S. Thomas, in quodlibet. 5. in quæst. 9. artic. 17.* non obstat, quia in quæstione proposita, nos loquimur de patiente extremam necessitatem, ita quod ei non subueniatur aliquo modo: & ideò, inuito domino, potest dominium ei auferri, & agi contra eum, ipse verò loquitur in casu contrario, scilicet, quando iam cessat extrema necessitas: quod, quàm extra positam quæstionem sit, omnibus constat.

Possem hic agere, an, cessante postea neces- 6
sitate, pauper ille teneatur domino rem restituere, & breuissimè: ego sic dicerem, quod si res fuit in extrema illa necessitate consumpta, ad restitutionem non obligetur, aliquo modo pauper: secus si diues sit, licet eo tempore absens rerum suarum fuerit egenus: nam ille prior rem suam consumpsit, si verò stat, vt in exemplis D. Nauarri, vt si vestem pretiosam accipit propter extremam in frigore necessitatem: tunc puto, quod rem restituere teneatur, quod est de mente *Dominic. de Soto, in lib. 4. de iustitia & iur. in quæstio. 7. articul. 1. colum. penult. & fina.* licet eum reprobet iniustè *D. Martinus in suo Manual. confesso. in cap. 17. in numero 61.* posset tamen iudex, ob criminis culpam, quando succurrere, extrema patienti, noluit, quod maximum crimen fuit, vt in l. *necare. ff. de liber. agnoscend. & cap. pasce fame morientem.* Et stellionatus crimine tenebatur: vt in *l. 3. ff. de crimine stelliona.* existimare, vt res illi non restituatur: sed hoc iudex, multis circumstantijs consideratis, facere poterit: facit tex. in *lege annonam. ff. de extraordi. crimi. & l. sunt quædam eo. titulo.* & vt in pœnam possit ea re priuari, est optimum argumentum in *l. 2. C. de infanti. exposi. & in l. vni. in §. sed scimus. C. de latin. liberta. tollend.* illud autem certum est, id quod pauci valoris fuerit in vsum vestium, vel alimoniæ impensum, reperi non posse: sed id quod maioris quantitatis fuerit, quasi id mutuatum sit: argument. text. notabi. ex quo videtur hoc decidi in *l. fin. C. de captiu. & postlimi. reuers.* licet loquatur de eo, qui sponte concessit.

Quòd verò D. Martinus, de pistore agente

viginti,

viginti mulos panibus coctis onustos, inquit, quod pauper in extrema necessitate constitutus fieret dominus omnium, eadem ratione, qua vnius, verum non est. nam necessaria ei, qui extrema patitur, non verò superflua esse tribuenda, Doctores dicunt, & ideò tantum fieret dominus illius panis, quem ad manducandum apprehenderet: ex quibus apparet, opinionem nostram verissimam esse, non obstantibus D. Martini leuibus obiectionibus.

SVMMARIVM.

1 *Alimenta præterita non debentur, quando obligatio inducitur à lege.*

2 *Dominus Martinus non satis intellexit, quid sit teneri in subsidium.*

IN v. monito reprehendit D. Martinus, dixisse nos, quod licet obligatus lege iustitiæ simpliciter, & tempore opportuno non soluat, teneatur ad restitutionem, non autem ille qui non obligatur simpliciter, sed tantum in subsidium: vt est patet, qui alere filium tenetur, non ad id simpliciter, sed ita demum si se filius exhibere non possit, ideò si hoc non fecerit, pater non tenetur ad restitutionem: cessat enim necessitas ratione præteriti temporis, propter quam parens tenebatur: sed D. Martinus dicit, istam nostram interpretationem esse falsam. Primo, quia non probatur hæc nostra opinio aliqua lege. Secundo, quod actiones subsidiariæ obligant ad restitutionem, vt ipse probat ex actione in factum subsidiaria, quæ in multis causis oritur, vt vulgatum est, & ipse deducit, sed vt vnico verbo respondeamus,

1 Ad primam dicimus, probari per rationes, & communem doctorum omnium opinionem, in *l. de alimentis, C. de transact. dicentium*, alimenta præterita peti non posse, quando à lege debentur: vt in dicto libello ostendimus, & probatur per textum expressum in *l. si quis à liberis, in § sed si filius, ff. de liber. agnoscend.* vbi si filius potest aliàs sustentari, non debentur ei alimenta, sed pro præterito tempore iam est sustentatus: ergo non debentur ei, nisi propterea æs alienum contraxit, vt per Doctores in *dicta l. de alimentis*.

2 Quoad secundum dicimus, quod D. Martinus fallitur in multis iuris notissimis principijs, & ideò nos non intellexit. nam loquuti sumus de eo, qui tenetur, non simpliciter, sed ita demum, si ille cui debentur alimenta, sibi suppeditare non possit, vt ex supradictis apparet, & ad hoc allegauimus textum in *dict. l. si quis à liberis, in § sed si filium possit se exhibere, æstimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere*: & ita loquuti sumus de alimentis quæ debent dari in subsidium eis, qui se alere non possunt, & ita text. *in l. filia tua. C. de patr. potest.* appellat subsidium vitæ, quod quid commune habeat cum subsidiarijs actionibus, non video quæ in defectum directarum competunt. nam ego de his non sum loquutus, neque vnquam ignoraui, non enim res est obscura, quod sint actiones subsidiariæ, vt vtiles omnes actiones, quæ in defectum directarum competunt, quando ex legis mente, vel ex æquitate, non ex verbis dantur: vt in *l. 2. in § quanquam, ff. aqua plu. arcend. & l. quoties, ff. de præsc. verb. & in §. cæterum, instit. de leg. Aquil.* vbi gloss. & in factum in subsidium vtriusque, vt ibi, quæ eandem vtilitatem, quam directæ afferunt, licet in multis differant. de quibus *Bart. in repetit. l. 1. C. & ff. de action. & obligat. gloss. & Doctor. in l. ex legato nominis, C. de legat.* qui dicunt, actionem vtilem esse datiuam, non natiuam, expressa existente materia. vt in *l. iuris gentium, in princip. ff. de pact.* Denique ego loquutus sum de actionibus competentibus in subsidium personarum, non autem de illis, quæ in subsidium aliarum actionum competunt.

SVMMARIVM.

1 *Ad id, ad quod quis ex lege sola charitatis tenetur, non potest per iudicem compelli.*

2 *Falsus est D. Martinus, quod putat, non esse legem iustitiæ, vbi subest æquitas naturalis.*

IN vi. monito, D. Martinus nos reprehendit in eo, quod diximus: illum, qui ex sola charitate, ad aliquid tenetur, non posse ad id per iudicem compelli, quod licet reprehendat di- 1
ctus D. Martinus, verissimum tamen est, quia solum debitum legale est id, quod in iudicium potest deduci, vt suprà ostendimus circa monitum ij. & iij. huius secundæ partis, sed debitum legale producitur à lege iustitiæ, & non à lege charitatis, vt ibi ostendimus: ergo vera est opinio nostra, & falsa opinio D. M. N. non obstat, quod ad subueniendum pauperibus in extrema necessitate existentibus, possit quis per iudicem compelli, quia vt suprà diximus, & nũc repetere à D. Martino compellimur, in ea specie obligatio descendit ex lege iustitiæ, non ex lege misericordiæ sola, & est debitum legale, vide quæ suprà diximus circa dictum tertium monitum huius partis.

Ad id verò quod D. Martinus N. dicit, vbi æquitas suadet, dari actionem. vt *in l. si me, & Titium, ff. si certum petat.* Respondemus, nihil inde sequi, quod nostræ opinioni aduersetur: quia actio illa ex debito legali, & ex lege iustitiæ descendet, non autem ex sola lege charitatis actio dabitur: numquam enim lex charitatis sola actionem parit, vt apparet ex his quæ supr. diximus in ista 2. parte, circa monitum ij. sed purat fortè D. Martinus, quod vbi actio æqui- 2
tatis ratione competit non à iure, vel iustitia, sed à lege charitatis ea actio descendat, tamen Vlpianus aliud existimat, cum ius (quod à iustitia deriuatur) dicat esse artem boni, & æqui. *in l. 1. ff. de iust. & iur. & D. Basilius in princip. prouerbiorum* inquit, Iustitia est quædam insita innataque nobis æqui distributio: quasi in tutelis,

lis, & pro socio, & deposito, quibus ex bono, & æquo proceditur, actiones ex lege iustitiæ non oriantur: quod ridiculum esset, & contra text. expressum in *l. indebiti condictio. ff. de condictio. indebit. in principio: & in l. eas obligationes. cum ibi notatis. ff. de cap. diminu.* sed id putasse D. Martinum Nauarrum, ex verbis eius constat: cum tamen nihil sit in iure ciuili, ex quo actio producatur, quod ex lege iustitiæ non descendat: nam, vt dictum est, ius à iustitia deriuatur:] vt inquit *Vlpianus in l. 1. in princ. ff. de iustitia & iur.* Vltimo D. Martinus N. laudat maximè Aluarum de Pelagio, & iure certè, sed cum meliùs quam alij suam quæstionem disputauerit, nunquam eum citauit, donec nos eum allegauimus: quod idem sibi contigit in Petro de Soto, vt patet in sequenti monito. num. 1. in fin.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus transcribit hic multas paginas.*
2 *Stantibus consuetudinibus, opinio D. Martini non est communis.*
3 *Omnia fundamenta D. Martini vno verbo dissoluuntur: quia præsupponit falsum.*
4 *D. Martinus falsè imponit nobis, dixisse, clericum non peccare, profanè suos redditus Ecclesiasticos insumēdo.*
5 *Falso etiam imponit nobis responsionem, quam nos dedimus.*

IN vii. monito D. M. repetit plura quæ pluries ab eo dicta sunt: & transcribit multas
1 paginas ex suo libro de reddi. Ecclesiast. in 2. q. n. 1. cum sequentib. cum omnibus fundamentis ibi positis: licet mutet ordinem, & allegat plura, quæ à nobis habuit in dicto nostro libello: & quatenus dicit esse opinionē suam communem, quòd clericus teneatur ad restitutionem malè expensorum ex redditibus Ecclesiasticis: licet verum id sit, solo iure communi antiquo attento: attentis tamen consuetudinibus & iure nouo *cap. 1. de cleri. non residentibus, lib. 6.* hæc non est communis opinio: vt diximus in
2 nostro libello, in 2. parte. cap. 1. nu. 4. & in c. 6. latiùs: vbi plures allegauimus, quos D. Martinus transcribit à nobis, & à R. D. Episcopo Segobiens. exceptis aliquibus ex Theologis, quos ipse allegat. Quatenus vero contendit suæ opinionis fuisse S. Thomam, latè supra ostensum est, id falsum esse: vt latè diximus in 1. parte, circa xl. monitum D. M.

Sed videamus nunc, quibus rationibus opinio D. Nauarri, imponentis obligationem restituendi nitatur, omissis authoritatibus. Prima est, & potior, quòd non solùm qui accipit, vel retinet iniustè alienum, tenetur ad restitutionem: verùm qui in distribuendis communibus, quibus sunt distribuēda, minus distribuit: talis est clericus secundùm D. Martinum, qui, quæ sibi supersunt, pauperibus non distribuit: sed hoc est falsum: quia diuisio communia, pro parte quæ contingit, facit propria: vt latissimè in prima parte, circa monitum xlij. ostendimus: & idem efficit separatio partis clerici per erectionem beneficij: ergo nōn est verum teneri clericum ad restitutionem, cum sua expenderit. Item dicit D. Martinus, quod qui recepit cum onere dandi, tenetur ad restitutionem, si non det, sed clericus cum hoc onere accepit, ergo tenetur ad restitutionem: falsum quidem est, quòd acceperit cum onere dandi, vt supra ostendimus. Item argumentatur D. Martinus, 3
qui furtum committit, tenetur ad restitutionem: sed clericus committit furtum non largiendo pauperibus. hoc falsum est, ex diffinitione furti, *in § furtum, de oblig. quæ ex delicto nasc.* vbi dicitur, Furtum est contrectatio rei alienæ, vel eius vsus.] quia dominium, & vsus redditūum beneficij ad clericum pertinet: *cap. 1. de cleric. non residen. lib. 6.* Quòd autem sint hæc bona Domini nostri Iesu Christi, non efficit, vt non sint fructus clerici: vt supra in præcedenti parte latè dictum est. sed hic & vbique D. Martinus omnia repetit: quod verò contendit cum D. de Soto, an decimæ sint etiam ob alium finem quam Ecclesiarum seruitium, sacrorumque sacramentorum administrationem concessæ, non est opus hic discutere: cum ad decisionem quæstionis, de qua agimus, hoc nihil concludat. Argumentatur præterea D. Martinus hoc modo: qui frangit legem iustitiæ, ad restitutionem tenetur: clericus autem qui ea, quæ sibi supersunt, non distribuit pauperibus, frangit iustitiæ legem: ergo tenetur restituere. Sed nos iam sæpè respondimus, falsum esse, frangere iustitiæ legem. Et ita minor est neganda, quia non est verum (quod iterum repetit) quòd frangat legem de non furando. Aliud verò argumentum scilicet magis teneri clericos quàm laicos ad eleemosynas, verum est, ex lege charitatis, sed non ex lege iustitiæ: neque est verum, æquè leges charitatis obligare laicos, ac clericos, data æqualitate terminorum: nam data inæqualitate vt ipse ponit, fallax est argumentum.

Item notandum est, quod immerito in hoc 4
monito vij. in nu. 9. D. Martinus mihi imponit, dicendo: omnes prēter me, concedere, peccare mortaliter beneficiatos, qui vanè, & profanè expendunt redditus Ecclesiasticos. sed falsum est, me non fuisse eiusdem opinionis: cum in nulla parte mei libelli, hoc me negasse, reperiatur: nec ipse locum citat, imò sæpe contrarium asserui, vt ostendi supra in primo capite partis præcedentis; & nescio quo colore vel causa id asserat D. Martinus: cum supra in hoc eodem monito, in nu. 7. in medio referat me dicētem, maius peccatum cōmitti in abusu redditūum Ecclesiasticorum, quàm aliarum rerum. item fingit, me respondere in isto num. 9. ad argu- 5
mentū suum: scilicet, quod clericus qui transgreditur legem iustitiæ, tenetur ad restitutionem: respondere me inquam fingit, quod non omnis lex iustitiæ obligat ad restitutionem: quia nunquam ad istud argumentum hoc respondi: sed semper negaui, & pernegaui, transgredi

gredi legem iustitiæ à clerico, qui malè fructus sui beneficij expendit: nam illam distinctionem feci in alio proposito: loquendo de obligatione subsidiaria, alendi aliquem in subsidium, quòd se sustentare non possit: vt apparet ex his, quæ diximus circa monitum 2. istius secundæ partis. Rursus idem reperit quod dixerat in monito j. vbi nos ei respondemus: & ex ibidem dictis apparet falsitas suarum opinionum: item repetit iterum, quæ dicta sunt ab eo millies, circa diuisionem bonorum Ecclesiasticorum, & eadem quæ dixerat de concilio, & omnia alia, quibus satis superque in nostro libello est satisfactum, & supra in præcedenti priori parte.

Octauum monitum repetitio est.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus imponit, vt solet.*
2 *D. Martinus malè intellexit S. Thomam.*

NOnum monitum integrum transcribit D. Martinus ex dicto libro 2. q. versic. Secundum fundamentum. num. 8. pag. 181. Et ita
» inquit, Nihil obstare secundum aduersæ partis
» argumentum: videlicet, quòd qua ratione præ-
» sides, Magistratus, & alij ministri regis possunt
» liberè disponere de stipendijs, & salarijs suis si-
» ne restituendi obligatione: eadem ratione be-
» neficiati poterunt disponere de prouentibus
» redditum sibi deputatis, quod ipse reprobat.
1 Sed ego hoc argumentum numquam feci: nescio an me sub aduersæ partis nomine velit cōprehendere: me enim solet nota N. significare: & licet possem cum nota M. eum nominare, cum malè semper me reprehendat: non tamē committam, vt suo nomine D. Martinum non appellem: sed credo, noluisse id de me intelligi, cum dicat aduersæ partis secundum argumentum, quia in secundo argumento quod ego posui in meo libello de redditibus Ecclesiast. in 4. parte, in c. 1. in nu. 1. nullum verbum dixi de hoc. & in c. 6. eiusdem partis, in num. 2. vbi posui aliud secundum argumentum, nihil etiam tractaui, quod ad hanc rem pertineret, nec in c. 2. eiusdem partis, nec in 5. Nec potest D. Martinus hoc colligere ex his, quæ dixi contra eum, in 2. parte dicti mei libelli, in cap. 2. vbi tractaui de salarijs Præsulum, & Decurionum: ibi enim ego non dixi, quòd eadem ratione, qua possunt disponere præsides, vel Decuriones de suis salarijs, possunt clerici disponere de suis redditibus. Sed respondendo ad falsam interpretationem quam ad *S. Thomam in 2. 2. q.*
2 *43.* ponit D. Martinus dicendo, S. Thomam esse suæ opinionis, quia dixit: quemadmodum bona ciuitatum commendata sunt præsulibus, & Decurionibus earum: ita bona Ecclesiastica sunt commissa Prælatis earum: ego respondi, quod S. Thom. ibi non loquitur de redditibus assignatis mensæ prælatorum, sed de alijs bonis Ecclesiæ, quæ sunt in administratione Episcoporum: vt *cap. quisquis Episcopus 12. q. 2. cum alijs ibi per me allegatis*, aliàs inepta esset comparatio Decurionum cum Episcopo: cum Decurio non possit se sustentare de bonis ciuitatis, sicut Episcopus de bonis suæ mensæ sustentatur: quia ille non habet mensam: nam si haberet salarium constitutum, de eo possit disponere. Item respondi, quòd in illa quæstione S. Thomas loquitur de defensione bonorum, ab iniuria, quæ illis infertur: quia debet Episcopus defendere bona Ecclesiæ, sicut Decurio bona ciuitatis: sed quoad fructuum consumptionem, ibi non tractat *S. Thomas*: sed *in 2. 2. in q. 185. art. 7. sæpius allegata*: in consumptione autem quoad legem iustitiæ, pares essent Decuriones in suis salarijs, & clerici in suis redditibus: licet quoad legem misericordiæ longè distent: vt sæpissimè dictum est, & hæc omnia adeò ex verbis beati Thomæ clara sunt, vt operæ pretium non sit, hac in re longius immorari.

SVMMARIVM.

1 *De intellect. c. mos, & c. gloria Episcopi, & infra num. 3.*
2 *Ad hospitalitatē tenetur Episcopus, ex lege charitatis.*
3 *Laici etiam ad eleemosynas tenentur.*

IN x. monito D. Martinus reprehendit nos, dicendo, quod infirmè respondimus *ad cap. mos. & c. gloria Episcopi 12. q. 2.* scilicet, vt loquantur illi tex. de lege charitatis: in quantum in *dict. c. mos.* Episcopo, & familiæ eius datur quarta pars de fructibus Ecclesiæ, propter hospita- 1
litatem, & susceptionem, alia verò pauperibus, alia clero, alia pro reparandis Ecclesijs: quæ solutio D. Nauarro non placet: ego tamen credo eam esse verissimam: quia credendum est, Epi- 2
scopum hospitalitatem, sicut alia opera charitatis seruare debet, seruaturum: sed quòd ad id lege iustitiæ, teneatur, non est verum, nec obstat quod D. Martinus dicat, grauamē, & onus sibi per illam dictionem, propter, imponi: quia omnibus Episcopis hoc impositum est, lege charitatis, vt hospitales sint: & illa verba, propter hospitalitatem interpretari debent, non dispositiuè, sed enunciatiuè, vt possit hospitalitas seruari, quæ non tam redditibus, quam Episcopo est imposita, sicut & alia charitatis opera: & ita non obligationem nouam text. ille inducit: nam pater pauperū appellatur, quia ita debet in charitate iecisse radices, vt pauperes omnes tractet, vt filios, & ad istam interpretationem facit tex. *in l. pater filium, in §. fundum in versic. ita enim fiet. ff. de lega. 3.* & vide quæ dicam in *l. Gallus in principio. num. 33. cum sequentib. ff. de liber. & posthum.* Et hanc interpretationem iuuat text. in *dict. capitu. gloria Episcopi*, inquit text. Gloria Episcopi est pauperum opibus prouidere.] Gloria autem non ita versatur in operibus iustitiæ, sicut in operibus charitatis: quòd enim non sit latro, non homicida, non fœnerator, nulla gloria est: esset autem si opera misericordiæ maximè impleret:

impletet: ergo si aliena sunt, quæ sibi super-
sunt, nulla gloria Episcopi eilet, si ea restitue-
3 ret: loquitur ergo de operibus chatitatis, & nõ
iustitiæ, quia ex lege iustitiæ non tenetur. Alia
vero, quæ dicuntur in illo capite, ex Diuo Hie-
ronymo recipiunt illam interpterationem,
quam ponit *D. Dominicus de Soto*, nam eadem
de laicis dicunt sancti: vt apparet ex authori-
tatibus, quas in dicto nostro libello 4. patte, in
cap. 5. num. 6. in versi. 5. & 6. imo & ex Euripi-
de vt diximus supta, in 1. parte, circa 13. moni-
tum: quos lege iustitiæ, nisi in extrema neces-
sitate, non teneri ad eleemosynas, certum est:
licet ex lege misericordiæ sæpe teneantur, vt in
illo cap. latiùs docuimus, & quod D. Martinus
dicit, Episcopum magis teneri facere eleemo-
synam, quam laicum, nos sæpissimè asserui-
mus: sed id esse ex lege iustitiæ, non est verum:
sed ex lege misericordiæ, seu charitatis, vt &
Dominic. de Soto asserit.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus nos reprehendit sine causa.*

IN xi. monito D. Martinus iterum, atque ite-
rum redit ad materiam diuisionis: & vt ve-
rum fatear, nescio quid sibi velit, cum nos re-
prehendat: nec alleget locum in quo nos id di-
xisse arguat. videamus verba ipsius.

1 xi. Moneo, quòd Præfatus N. incautè signi-
,, ficat, me dixisse: diuisiones bonorum Ecclesia-
,, sticorum hactenus factas, esse sine causa iusta
,, ordinatas: cum ait non posse negari diuisiones
,, fructuum, & erectionem beneficiorum ab Ec-
,, clesia iusta de causa, esse factas: illa videlicet,
,, quam nos expressimus de impedienda discor-
,, dia, quam communio parere solet, vel alia. in-
,, cautè inquam, hoc significat: quoniam argu-
,, mentum nostrum non prætendit concludere,
,, absolutè diuisiones illas fuisse, absque iusta
,, causa factas, sed disiunctiuè, quòd fuerunt fa-
,, ctæ sine iusta causa: quod non erat dicendum,
,, vel non ea intentione, vt absolutiorem pote-
,, statem haberent, Episcopus, & clerici, post di-
,, uisionem in suis partibus, quàm Episcopus ha-
,, beat ante diuisionem in omnibus. Hæc sunt
verba D. Martini: videamus quæ ego dixi in li-
bello de redditib. Ecclesiast. in 4. parte, in cap.
2. in num. 2. in versic. quarto, vt inquit D. Na-
,, uarrus, in q. 1. num. 39. Vel eorum intentio, qui
,, huiusmodi diuisiones primitus induxerunt,
,, fuit iniusta, quod credendum non est, vel certè
,, fuit, vt vnusquisque de sua portione possit dis-
,, ponere, illo modo, quo ante diuisionem Præ-
,, latus poterat de vniuersis. &c. Hæc sunt verba
nostra, in quibus ego existimare non possum,
quid à me D. Martinus exigat: quod non præ-
stiterim, quid me dixisse vult, quod in hac par-
te non dixerim: vel cuius intentionis D. Mar-
tinus fuerit. Quoad id verò quod D. Martinus
dicit, me ineptè de intentione præcepti, & le-
gis locutum fuisse: & remittit se ad ea, quæ di-
xit in quæstione præcedenti: nos iam satis de
hoc diximus, ideò non repetemus, nec cura-
mus, ineptos nos passim à D. Martin. appellari.

SVMMARIVM.

1 *Comparatio bonorum, in cap. si Episcopi. cum dote ma-
riti, est optima, contra D. Martinum.*
2 *In pluribus maritus, & Episcopus sunt similes, & bo-
na dotalia, & bona mensa Episcopalis.*
3 *Bona paraphernalia, & bona Ecclesiæ, quæ non sunt
de mensa Episcopi, comparantur.*

IN xii. monito reprehendit nos D. Martinus 1
N. nouè comparasse beneficiatum in reddi-
tibus sui beneficij, marito in bonis dotalibus:
dicit enim D. Martinus, in bonorum dotalium
alienatione non requiri eandem solemnita-
tem, & causam, quæ in rebus Ecclesiasticis re-
quiritur: & quòd maritus liberè de dotis fru-
ctibus disponere potest, non autem beneficia-
tus, de fructibus sui beneficij. Sed licet D. Mar-
tinus nos reprehendat, potius ipse dignus est
reprehensione. Nam quod in dicto nostro li-
bello comparauimus Episcopum, in suæ men-
sæ portione, marito, in dote sibi constituta: iu-
re id fecimus: nam loquẽdo de Episcopo, prin-
cipaliter fecimus dictam comparationem, &
ad beneficiatos postea descendimus, & aliud
simile adduximus: & in eo quod nos compara-
uimus, optima est similitudo, licet in alijs dif-
ferant. nam sicut inter maritum, & vxorem cõ-
trahitur carnale matrimonium, ita inter Epi-
scopum, & Ecclesiam spirituale. vt in *cap. inter
corporalia. de translatio. Episcop. vel elect.* licet ius i-
psum intelligat, in multis differre: cum fieri so-
leat translatio Episcopi de vna Ecclesia ad aliã,
vt per *tot. de translat. Episco.* licet non possit fieri
de vna vxore ad aliam: sed hæc differentia non
efficit, vt non sit bona cõparatio: sufficit enim
vt similitudo adaptetur in eo, de quo quæri-
mus: licet in alijs multis differãt: vt latiùs supra
diximus, in parte præcedenti, circa monitum
xxxv. Quod autẽ optima sit comparatio inter
Episcopum, & suam Ecclesiam ad maritum &
vxorẽ, licet vt diximus, sufficere deberet; quòd
hæc comparatio sit à iure, dicẽte: quod sicut in-
ter maritum, & vxorem contrahitur matrimo-
nium carnale, ita inter Episcopũ & Ecclesiam
spirituale: vt *in d. c. inter corporalia.* ex alijs, etiam 2
multis potest cõprobari hæc eadẽ comparatio.
Primo quod Episcopus habet mensam separa-
tam ab alijs bonis Ecclesiæ, sicut maritus dotẽ
separatam ab alijs bonis vxoris, quæ parapher-
nalia dicuntur. vt in *l. pro oneribus C. de iure dot.*
iunctis legibus, quæ de his paraphernalibus lo-
quuntur, *in l. maritus. in princip. ff. ad l. Falcidiam,
& l. si ego. in §. dotis autem, & in §. planè, vsque
ad fin. legis. ff. de iure dot. & in lege hac lege. & in
lege finali. C. de pact. conuent.* & declarat *Azo
in summa C. de iure dot.* Itẽ, sicut Episcopus alio-
rum bonorum Ecclesiæ extra suam mensam, & 3

ita eorum quæ sunt extra suam dotem est administrator, & sibi res ipsæ traduntur, & instrumenta: vt *cap. Vulterrana. & cap. concesso. in fin. & cap. statuimus. & cap. quisquis 12. q. 2.* & melius in *cap. Episcopus. & cap. præcipimus 12. quæst. 1.* Sic maritus, traditis sibi scripturis ab vxore, rerum paraphernalium est procurator: vt *in l. si. C. de pact. conuent.* Imo regulariter maritus, citra mandatum, in rebus vxoris potest, vt procurator in iudicio interuenire: vt in *l. maritus C. de procurator.* Et sicut maritus interdicta sibi administratione in totum, vel in parte, tacitè, vel expressè, non se intromittit in bonis paraphernalibus: vt probatur totum hoc *in dicta l. si maritus*: ita Episcopus hodie non se intromittit in administratione rerum Ecclesiæ, quæ non suæ, sed aliorum mensæ sunt applicatæ: vt in præbendis canonicorum, & in aliorum beneficiatorum bonis. Item sicut fundum dotalem, per legem Iuliam alienari, est prohibitum à marito: vt *ff. de fund. dot. per tot. & C. eo. tit.* ita & res Ecclesiæ sunt prohibitæ alienari ab Episcopo: vt per *tot. tit. de rebus Eccles. non alienand.* Rursus sicut soluto matrimonio inter virum, & vxorem, dos restituenda est vxori: ita dissoluto matrimonio spirituali, inter Episcopum, & Ecclesiam, vel morte, vel translatione legitima, debent bona, quæ Episcopus in dotem, siue pro mensa sua habuit, restituere: vt per tot. *solut. matrimonio. C. & ff. l. fin. C. de iure dot.* vt *cap. quicumque. & cap. sacerdotes 12. q. 4.* & quidem cum damno quod in eis intulit, qui & exigit, quod de suo expendit: vt *de impens. in reb. dot. fact. per tot. & in dicto cap. quicumque.* Item sicut text. in *c. præcipimus 12. q. 1.* inquit, Præcipimus vt in potestate sua res Ecclesiæ Episcopus habeat: si enim animæ hominum pretiosiores illi credite sunt, multo magis oportet eum curam de pecuniis agere.] Ita etiam text. in *l. 2. C. ne fideiuss. dot. dentur.* inquit. Si enim credendam mulier sese, suamque dotem existimauit: quare fideiussor, vel alius intercessor exigitur? Quòd autem in multis differant Episcopus, & maritus, & Ecclesia, & vxor, nihil efficit, quin comparatio bona sit: alioquin nulla comparatio esset bona: quia simile non est idem, & omnino in pluribus differre solet aliquando genere, aliquando specie, & semper autem indiuiduo, vt in *l. quod Nerua. ff. deposit.* & supra iam hoc declaratum est.

SVMMARIVM.

1 *De diuisione fructuum inter hæredes beneficiati, & successoris in beneficio.*

2 *Consuetudo seruat, vt pro rata temporis diuidatur, contra D. Martinum.*

3 *Beneficiatus possidet titulo oneroso.*

4 *Quod iuris est de toto, quoad totum, &c.*

1 IN XIII. monito D. Martin. reprehendit nos, quod sequuti opinionem R. D. Episcopi Segob. quæ prius fuit Albert. de Rosa. tenuimus diuisioné fructuum inter mortuum, & successorem in beneficio debere fieri: vt fit inter hæredes vxoris, & maritum, quoad fructus dotis, potiusquam vt fiat diuisio, quæ inter vsufructuarij hæredes fit cum proprietario, per rationes quas diximus: quibus D. Martinus nec respondet, neque satisfacit: cum aliàs gratis seruisse beneficiatum, multis mensibus contingere possit: ideò opinio nostra est vera omnino. Sed non aduertit D. Martin. quod quamcumque opinionem ipse teneat, destruit suam: cum præsupponatur in ista quæstione, quod beneficiatus in fructibus sui beneficij habeat hæredes, quod ipse semper negauit: & asseruit, neque de iure id fieri posse, neque de consuetudine id esse. Præterea dicit, quod licet opinio nostra in hoc esset vera, nihil contra suam hoc efficeret: & certè quando id scripsimus, & ferè totum illum librum de redditib. Ecclesiast. nó adeò intenti eramus (vt ipse Martinus putat) vt sibi contradiceremus: licet enim occasionem scribendi à suo libro assumpsetimus, non tamé adeò nobis cum eo negotium fuit, atque cum alijs, qui licet librum de hoc specialé non scripserint, fortioribus tamen rationibus pro opinione illa pugnarunt: & vt veritas huius rei melius intelligeretur, nos etiam multas rationes, & argumenta pro opinione Archidiaconi induximus, quæ alij non considerauerant.

Reprehendit præterea nos D. Martinus, 2 quod dixerimus, vsum in Hispania receptum, vt fieret diuisio inter beneficiati hæredes, & successorem in beneficio, adinstar hæredum vxoris cum marito de fructibus rei dotalis: scilicet, vt pro rata temporis quilibet fructibus gaudeat, quod D. Martinus negat: & non esse talem consuetudinem affirmat: imò ita inquit, Ego tamen eo ætate grandior id non vidi seruari, nisi in Episcopis, Abbatibus, & Prioribus conuentualibus. hæc D. Martinus. sed vbi videre poterat D. Martin. per 50. annos in scholis versatus? Nam quod de Episcopis, & Prioribus dixit, potuit intelligere: quia Reuerendissimus D. Francisc. de Nauarra, cuius optimi discipuli, optimus ipse magister fuit, & pædagogus, Prior fuit Roncæ vallis, & Archiepiscopus Valentinus, & ipse D. Martinus est Canonicus regularis: ideo potuit hoc intelligere de Prioribus, & Abbatibus. Sed ego tot annis in Palatijs, & Curijs Regijs, & Pontificalibus versatus, potui hanc intelligere consuetudinem, quam núc in facto proprio expertus sum: & eam etiam consuetudinem succedendi clericis, etiam si hęredes, pauperes non sint, quam supra sum testificatus. Nam cum sanctissi. D. N. Pius P. V. mihi pingue beneficium de la puebla Toletanæ Diocesis contulisset, hæredes mortui fructus septem mensium, secundùm Hispaniæ consuetudines, acceperunt: etiamsi ditiores erant, mihi quinque mensibus alijs reseruatis: idque in toto Archiepiscopatu, & Regno Toletano, quæ bona pars Hispaniæ est,

est, obseruatur: ex quo vtramque consuetudinem probari, manifestum est: quod D. Martinus facilè intelligere potest, cum maxima consuetudo sibi sit cum dictis hæredibus, qui nūc, sicut ipse, Romæ commorantur. Non obstat supra dictis, quòd dicat D. Martinus longè maiora esse onera mariti, quam beneficiati. Primò quia, vt aliquid simile dicatur, non per omnia debet esse, vt supra diximus. Secundò dicimus, id non simpliciter esse verum, quia vt inquit *Diuus Gregorius*, Ars artium est regimen animarum.] Et *idem Diuus Gregorius* inquit *super Ioannis 20. cap.* Grandis honor, sed grauе pondus istius est honoris: durum quippe est, vt qui nescit tenere moderamina vitæ alienæ. Et *Chrysost.* Sacerdos etiamsi propriam benè dispensauerit vitam, aliorum verò non cum diligentia curam habuerit, cum perniciosis in gehennam vadit: scientes igitur periculi magnitudinem, multam tribuite eis deuotionem, &c.] Nam & *Diuus Paulus* optimi pastoris officio fungens, inquit, Quis infirmatur, & ego non infirmor? quis scandalizatur, &c. Licet onus illud leue D. Martino videatur: *D. Chrysostom. in libru de sacerdot.* visum non est. Præterea plus, & minus non differunt in substantia: vt in *l. fi. ff. de fund. instruct.* diximus in dicto nostro libello. in 4. parte in cap. 1. num. 7. in 8. argumento. Et ideò etsi essent maiora onera ma-
3 riti, quam beneficiati, non efficit, quin & causa beneficiati onerosa sit: cum beneficium detur propter officium: vt æquum sit temporis quo inseruiuit, fructus sibi concedantur: dignus est enim mercenarius mercede sua. quibus rationibus non existimo posse D. Martinum respondere: nam quod dicit, id verum esse, de eo, qui nihil vnquam accepit à beneficio, non satisfacit: quia idem est in eo, qui multis annis habuit beneficium, si pro vltimo anno quo inseruiuit, vel bona eius parte id fiat sine emolumento. nam vt est notissimum iuris principium: quod iuris est de toto, quoad totum,
4 idem iuris est de parte quoad partem. Et ita peccat, qui vno mense defraudat mercenarium, qui longo tempore seruiuit, soluta illi mercede, ac si non seruisset vltra illum mensem: si inuito eo salarium illius mensis sibi retineat. & hæc sunt adeò euidentia, vt mathematica ratione, sint communes animi conceptiones, & communes sententiæ, vt in *Euclide l. 1. & in lib. 2. propositione 1. & in diffinitionibus 31.* nam vt *in quinto in diffinitionibus Campanus* ex Platone, & Boëtio probat in ponderibus, in elementis, in musicis, nedum in quantitatibus datur proportio: & in terminis nostris est text. in *l. Seio amico. ff. de annuis legatis. in fi. principij*, ibi, Cum tam labor quam pecunia diuisionem reciperent.] Comparatio autem, quam ipse facit inter fideicommissarium, & beneficiatum, ex supra dictis corruit: cum fideicommissarij causa lucratiua omnino sit, vt in *l. Marius. in §. duorum. ff. de lega. 2. & in l. vnic. C. de imponend. lucrati. descripti. lib. 10. in §. lucratiuas*, & diximus in dicto libello: neque D. Martinus his respondet.

In XIIII. monito licet D. M. videatur nos reprehendere: tamen postea videtur à reprehensione discedere. Sed nos non affirmauimus aliquid eorum quæ ipse dicit: cum opin. Alberi. & posita in c. præcedenti sequuti simus, quoad eos verò, qui vellent aliam sequi opinionem, posuimus notandam declarationem: quæ ibi videatur, maximè in hac vltima impressione in 4. parte, in cap. 6. num. 14. nam *l. si fur. ff. de vsufruct.* non satis declaratur per D. Martin. N.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus nos reprehendit de re, in qua nullum fecimus verbum.*

2 *D. Martinus dicit opinionem suam communem, nemine allegato, qui eam teneat.*

IN XV. monito D. Martinus nos reprehendit, dicendo, Moneo, nihil obstare id quod prælatus N. referens præfatum Reuerendiss. Segobiens. tenet: videlicet, quòd diuisio fructuū inter succedentem in primogenio, seu maioratu, & eum qui tenuit illum: non est facienda eo modo quo fit inter vsumfructuarium, & dominum finito vsufructu. hæc sunt verba D. Martini N. Ego sæpissimè dubito qua ratione D. Martinus multa, quæ in ista apologia continentur, scripserit, adeò ita commotus vt dum nos reprehenderet, quid diceret, non curaret: nam ego de hac re nullum verbum in meo libello dereddidi. Ecclesiast. protulit: ætatis credo vitium esse, non hominis: præterea, opinionem suam in hoc monito sicut & alibi sæpè dicit esse communem, nullo authore citato, qui eam tenuerit: quasi ipsum dicere, sufficiat. 1 2

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus imponit, quæ nunquam diximus.*

IN XVI. monito, eadem licentia, seu potiùs errore D. Martinus notat, asseruisse nos incidenter id, quod est dictum de diuisione fructuum dotis, inter maritum, & vxorem: vt pro rata temporis diuidantur inter superstitem & alterius hæredes, esse obseruandum in diuisione solutionis pensionum, à Papa super beneficijs constitutarum: quia, vt dixi, in hac re nullum verbum protuli, nihil dixi, neque dicere poteram id quod mihi D. Martinus imponit: cum sciam Rotam, in qua, licet immeritus, per 12. annos auditor extiti, contrarium seruare. Sunt enim de hac re manu scriptæ notissimæ decisiones, quibus obseruatum est, vt non soluatur rata pensionis si decesserit is, cui debetur, antequam dies solutionis venerit. 1

pater tenetur: vt latè in nostro libello de redditibus Ecclesiasticis probauimus, in parte 3. in capit.5.numer.5.& in eadem 3.parte in cap. 4. numer.5. cum sequentib. quæ hic non repetemus. Causa enim ob quam obligatio oriebatur non perpetua est, sed variabilis: ideò ea mutata perimitur obligatio, sicut de excusatione dicimus in *l. cura, in §. deficientium, ff. de munerib. & honorib.* Sic etiam dicimus actionem perimi, si creditoris desinat interesse: in *lege si seruus furtiuus, ff. de condit. furtiu.* ibi, Nam neque petitoris iam interest,] & in *lege si ex conuentione, C. de pactis,* cum alijs quæ adduximus in libr. 2. Selectarum interpretation. in cap. 1. numer.5. Sic eadem ratione ius agendi crescit, vel minuitur, *in lege cum ex causa, & in lege sunt qui in id, ff. de re iudicata.* & extinguitur. vt in *lege si mulier, ff. soluto matrimonio.* Dominus autem Martinus vult, illam regulam semper & vbique esse veram: vt vbicumque quis ex lege Iustitiæ tenetur, sit obligatus ad restitutionem: etiam si causa mutetur, & negat ex lege iustitiæ speciali teneri, patrem filium alere, sed ex æquitate, & charitate: citat *legem si quis à liberis, ff. de liberis agnoscend.* Et ita Dominus Martinus dicit, quod doctores, qui dictam regulam posuerunt: scilicet, vt qui tenetur ex lege iustitiæ, teneatur ad restitutionem, loquuntur de lege iustitiæ speciali. verùm ego hanc regulam non reprobaui, sed limitaui verissimè, vt restringatur, quando lex obligat simpliciter, non autem procedat, vbi lex non obligat ad aliquid simpliciter, sed in subsidium, quatenus ille egeat: quia talis lex non obligat, pro præteritis, ad restitutionem: necessitas enim quæ iam præterita est, ob quam oriebatur obligatio, hodie cessat. sed vt supra diximus dominus Martinus, vt fugiat nostrum indissolubile argumentum, negat patrem teneri filio ex lege iustitiæ speciali, sed ex sola æquitate, pro cuius opinione licet ipse non alleget, facit doctrina *sancti Thomæ, in secunda secunda, quæstione 58. articulo septimo ad pri-*
2 *mum*, quod inter patrem & filium, maritum & vxorem, dominum & seruum, non potest dici iustitia simpliciter, quia debet esse ad alterum, vt dicit *Aristotel. 5. Ethicorum.* Sed hæ personæ pro vna habentur: facit *vulgata lex final. C. de impub. & aliis, & l. vix certis, & in lege lis nulla, ff. de iudic. & idem sanctus Thomas in articul. 4. eiusdem quæstion. 58.* sed hæc doctrina beati Thomæ, vt nos statim ostendemus, destruit opinionem Domini Martini, quia hæc iustitia quæcumque sit, obligat ad restitutionem, vt patet ex *toto titulo C. & ff. rerum amotar. & in l. si quis vxori. ff. de furt. in l. serui corrupti. ff. de seru. corrupt.* quia maritus potest compellere vxorem ad restitutionem eorum, quæ abstulit, constante matrimonio: & tenetur ipsa, & hæredes eius ad restitutionem in foro exteriori, & conscientiæ. Item & hoc destruit omnia dicta per Dominum Martinum: quia ex

eadem æquitate, & charitate, ex qua descen- 5
dunt alimenta, debentur & dos, & legitima: sed in his pater tenetur etiam ad restitutionem, si iniustè eos priuet, vel exhæredet. ergo regula sua, & distinctio, an descendat lex ex æquitate naturali, vel ex rigore, nihil valet: putat enim D. M. non esse legem ciuilem ea ratione, quod æquitate & ratione naturali sit statuta. in quo maximè errat, quia omnis lex ciuilis, seu positiua, in tantum habet de ratione legis, in quantum à lege naturæ deriuatur: vt per *sanctum Thomam in prima secundæ, quæst. 95. in artic. 2.* quia, vt inquit *Cicero*, quem ipse refert, Res à natura profectas, & à consuetudine probatas, legum metus, & religio sanxit. Alioquin vbicunque æquitas versatur naturalis, in lege ciuili non diceretur, oriri obligationem ex lege iustitiæ, quod ridiculum esset, quod vbi per legem ex bono & æquo agitur, cessaret lex Iustitiæ: vt in commodato, deposito, tutela, societate: vt in *leg. bona fides, ff. deposit. & in l. 3. C. pro soci. l. si seruum communis.* quæ est lex notabil. *ff. de furt. per totum.* & in criminalibus *in lege respiciendum, & l. aut facta. ff. de pœnit.* Optimus textus in *lege prima, in princip. ff. si quis testato. liber. esse iuss. fuerit,* ibi, Naturalem in se potius, quam ciuilem habet æquitatem, siquidem ciuilis deficit actio, sed natura æquum est, non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est.] Nam hæc quam nunc citaui lex, ex æquitate inducta, iustitiæ specialis est constitutio, quod nemo negabit: sic & furtum lege naturali prohibitum est, vt in diffinitione furti apparet. in *lege 1. in §. final. ff. de furt. & in lege probrum, de verbor. signification.* & tamen, & actio furti, & condictio furtiua ex lege iustitiæ speciali descendit, & vide quæ dicemus infra in monito sexto huius partis, & est optimus textus, in *l. cum res, C. si aliena res pignor. dat. sit.* ibi, Ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est. Sed tamen æquitatem facere, vt facilè vtilis persecu-
tio exemplo pignoraritiæ detur.] Præterea, vt 4
rem clarius ostendamus, falsum est, legem de alendis liberis vndecumque descendat, non esse legem specialem, quia est specialissima, vt ad sensum patet: & licet fundetur in æquitate naturali, nihil efficit. Nam alias nulla ferè diceretur lex iustitiæ, cum omnes, vt dictum est, fundentur in æquitate naturali, maximè prætoriæ. vt in *l. quod si Ephesi. in fin. ff. de eo, quod certo loco.* Nihilominus leges sunt prætoriæ speciales: & ita ius ciuile, est id, quo pater nunc compellitur filium alere, & per contrarium: vt in *l. ius ciuile, ff. de iustitia & iur.* vbi textus inquit, Ius ciuile est, quod nec in totum à naturali, vel gentium recedit, neque per omnia ei seruit. Itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est, ciuile efficimus.] Talis est lex iustitiæ, quæ de alendis liberis est constituta, *in titul. de liber. agnoscen.* quæ non per omnia à iure naturali restringitur, sed

ex

ex moribus ciuilibus alimenta constituit, quæ lex, sicut & aliæ, speciales leges sunt, quæ non solum filijs primi gradus, sed & nepotibus, & alijs concedit: & non tantum alimenta, sed & cetera omnia lex iubet, liberis à patre exhiberi, in §. *non tantum, in dict. l. si quis à liber. ff. de liber. agnoscend.* Item vt non solum hi, verum eorum hæredes hæc præstare teneantur, si sit magna egestas, vt §. *Item rescriptum sit.* Item quod onus pertineat, vel ad lineam maternam, vel paternam, nonne hoc iuris ciuilis, & lex specialis est? vt *l. nou quemadmodum, ff. de liber. agnosc.* Item si facit filius artificium, & sit nobilis, ex iure ciuili, cognitio hæc descendit: per *Bartol. in l. final. de mendicant. Vali. lib.* 11. cum natura æquales omnes homines sint. vt §. *ius gentium, versicul. bella. de iure naturali.* Et quod frater fratrem alat, nonne iure ciuili est constitutum? vt notat *glo. in l.* 1. *C. de alend. liberis à parentibus, & in l. si quis à liberis, in §. vtrum, ff. de liberis agnoscend.* latius *Tiraquell. de primogenit. quæst.* 4. *num.* 33. *Ripa in l. filiusfamilias, in §. diui. num.* 42. *de legat.* 1. *Boer. decis.* 129. & 130.

Quod verò dicit *sanctus Thomas*, non dici propriè iustitiam inter patrem & filium, maritum & vxorem, vt diximus, non impedit, obligationem restitutionis inter eos oriri, & in his casibus, quibus lis inter eos consistere potest, quin sit propriè iustitia, & quod idem *sanctus Thomas in eadem quæstion.* 58. *articul.* 7. dicit, inter hos esse quandam iustitiam œconomicam, id est, dum domesticæ res deciduntur, vbi vero

6 rò ad iudicium deuenitur, iam est iustitia simpliciter: vt in *l. congruentius, C. de patria potest.* quia id excedit potestatem œconomicam, & paternam: & vbicumque est iudicium, ibi est actus iustitiæ simpliciter, & specialiter: vt per *eundem sanctum Thomam* 2. 2. *quæstion.* 60. *articul.* 1. iudicium enim superioris, qui vtrumque valet arguere, & ponere manus super ambobus, vt verbis sancti Thomæ vtamur, ad iustitiam specialem pertinet, & ita iudicium inter patrem & filium ratione alimentorum consistit. Item si fingas emancipatum filium res expeditione erit, vt *in l. final. C. de in ius vocand.* Item in liberto qui egentem patronum alere tenetur. vt in *dicta l. si quis à liberis, in §. solent,* vsque ad finem legis cum sequent. & in *l. final.* & quod alimenta ex iustitia debeantur, probatur in *l.* 1. *C. de alend. liber.* ibi, Iustum.] Item debitum hoc est legale, ergo descendit ex le-

7 ge Iustitiæ particulari, vt dicetur infra num. 8. & expresse *sanctus Thomas secunda secundæ, q.* 80. » dicit: debitum hoc legale quidem est, ad quod » reddendum, aliquis lege Iustitiæ astringitur: & » tale debitum propriè attendit iustitiam, quæ » est principalis virtus, ergo alimenta debentur » ex lege puta iustitiæ particularis, de qua *sanctus Thomas* loquitur: quæ efficit, vt peti possit in iudicio. vt notat *Caietanus in secunda secundæ quæstion.* 88. *articul.* 3. *in princip.* & patet ex diffinitione obligationis. *in princip. de obligation.* vbi textus inquit, Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius rei persoluendæ, secundum nostræ ciuitatis iura,] & ita opinio nostra quod in obligatione in subsidium cesset restitutionis vinculum, intelligendo obligationem in subsidium, vt dicemus infrà in monito v. est vera, neque quod limitet, & declaret doctorum opinionem, propterea est contra communem: licet Dominus Martinus suam opinionem contrariam, dicat communem: idque non semel facit, etiam si nullus Doctor teneat suam opinionem, vt hic facit in fine.

Ex supradictis & præcipuè ex doctrina sancti Thomæ colligitur fortissimum argumentum, vt clericus numquam teneatur ad restitutionem malè expensorum: quia non tenetur ex lege iustitiæ pauperibus quod sibi superest distribuere, si enim teneretur vbicunque obligatio ex lege iustitiæ descendit, efficit secundum sanctum Thomam, vt peti possit in iudicio, sed clericus compelli non potest per iudicem, vt id, quod sibi superest, pauperibus largiatur, secundum *eundem D. Martinum Nauarr.* in 2. quæst. in monito vj. contra *Aluar. de Pelag. & Card.* quos ante ipsum allegauimus in nostro libello de redditibus Ecclesiastic. in 3. par. in cap. 4. numer. 7. in fine. Ergo non tenebatur ex lege iustitiæ id facere contra Dominum Martinum. Et ideò cum lex Iustitiæ cesset, non possunt pauperes in iudicio id petere, nisi vbi extrema esset necessitas: vt latissimè declaraui in meo libello de redditibus Ecclesiasticis in 3. part. in dicto cap. 4. per totum: & hoc comprobatur ex regula quam constituit *Dominic. de Soto*, quæ videtur concordare cum supradictis in *libr.* 4. *de iustitia & iure, & quæst.* 6. *articul.* 2. *in* 4. *conclusi.* vbi ponit hæc verba: Extat deinde argumentum, quod restitutio in foro » conscientiæ non obligat, nisi illis casibus, qui- » bus, si veritas publicè constaret, obligatio se- » cundum leges oriretur in foro exteriori: at ve- » rò neque Papa, neque Prælatorum vllus, talis » reum criminis compelleret illa, pacto restituere: nulla ergo est obligatio in conscientia. Sic in clerico cum nullus iudex eum compellere possit, malè expensa ex redditibus Ecclesiasticis restituere, ergo nulla est obligatio restituendi in conscientia. nam vbi aliquid debetur, ibi est actio, siue ius persequendi in iudicio. vt in *l. nihil aliud, ff. de action. & obligat. & in princ. institut. de action.* facit textus *in l. ii cui, in §. creditores, eodem titul. & l. creditores, & l. creditorum, ff. de verbor. significat.* vbi ergo non datur ius persequendi in iudicio, ibi debitum non est: quod argumentum adeò vrget, vt credam malè aduersæ opinionis authores posse illi satisfacere: facit *l. actionis, verb. de actionib. & obligation. & lex debitor. ff. de verbor. significat.* optimus textus *in l. pecuniæ verbum, in §. final. eod. tit.*

SVM-

SVMMARIVM.

1 *Quando lex iustitiæ obliget ad restitutionem.*
2 *Caietanus loquitur solum de patientibus extremam necessitatem.*
3 *Caietanus loquitur de lege iustitiæ speciali, contra Dominum Martinum, & de illa, quæ opponitur auaritia.*
4 *Officium iudicis, non producit obligationem.*

IN III. monito, Dom. Martinus reprehendit nos, quod defendimus, in extrema necessitate, ex lege iustitiæ, nedum charitatis, teneri diuites, pauperibus subuenire, & id facere in iudicio compelli posse: quia dicit, id lege misericordiæ, non iustitiæ deberi, quæ versatur circa reddendum legale debitum, & quia si ex lege iustitiæ tenerentur, si non subuenirent, ad restitutionem essent obligati: sed ne rem toties repetamus, ego satis superque probaui in meo libello, in 3. parte, in capit. 4. numet. 3. oriri ex lege iustitiæ obligationem subueniendi pauperibus in extrema necessitate existentibus, alijs autem ex lege tantum charitatis, &
1 quod dicitur si ex lege iustitiæ, ergo tenerentur ad restitutionem, ego distinxi legem iustitiæ, quia lex iustitiæ obligat ad restitutionem, quando simpliciter, non autem in subsidium lex statuit: tunc enim non obligat ad restitutionem, vt diximus in præcedenti monit. & in dicto libello: quod non satis intellexit Dominus Martinus Nauar. nec respondet nostris fundamentis.

Item responsum, quod dat ad authoritatem Caietani, qui tenet nostram opinionem, apertissimè est falsum. dicit enim D. Martinus, quod *Caietanus* non loquitur de iustitia speciali, sed generali: quæ, vt ipse Dominus Nauarrus suprà dicit, concurrit cum omnibus virtutibus, & sic videtur respondere, Caietanum loqui ex lege charitatis potius quàm iustitiæ, quod responsum sustineri non potest. Primo, quia lex charitatis sola non inducit actionem in iudicio. Secundo non esset differentia inter
2 extremam necessitatem, patientes, & leuem necessitatem: sed de his qui patiuntur extremam, tantum loquitur Caietanus: & quoad istos, dicit interuenire legale debitum, ratione necessitatis extremæ, & debitum legale ibi etiam appellat *S. Thomas*, scilicet, quando quis tenet alienum: ergo Caietanus non potest intelligi de lege charitatis, quæ est communis, & non patientibus extremam necessitatem. Tertio, quia Caietanus dicit, teneri ex legali debito, ergo non ex lege charitatis, quæ non producit debitum legale. Quarto quia expresse di-
3 cit, quod talis violat iustitiam, & non liberalitatem: ergo loquitur de mera, pura, & simplici iustitia, cui opponitur auaritia, non verò de liberalitate: vt latè declarauimus dicto loco, in num. 5. ex *S. Thoma 2. 2. quæst. 118. artic. 1. & 2.* & D. Martinus fatetur, in quæst. præcedenti, monito xxxiij. numer. 2. Ergo Caietanus loquitur de iustitiæ lege speciali, & specialissima, quicquid velit D. Martinus repugnantibus verbis Caietani in dicta quæst. 118. in art. 3. dicit enim expresse hæc verba, Quia violatio legalis debiti, in diuitijs, iustitiam violat, non liberalitatē: nescio quomodo Dom. Martinus Caietanum contra verba clara, & expressa ipsius Caietani vult interpretari, cum appellet legale debitum, & dicat violare iustitiam eum, qui id non reddit. Hæc autem omnia quæ dicta sunt de legali debito ad actiones pertinent: Quia actio est ius persequendi in iudicio eius, quod sibi debetur,] vt in *principio institut. de actio.* nam vbi solum competit officium iudicis, quod obligationem non præsupponit, vt Doctores 4
dicunt, per *l. qui per collusionem ff. de action. emptio. & vendit.* licet ille text. loquatur de officio iudicis mercenario, donec ad iudicem eatur, non potest considerari restitutionis obligatio: vt in *l. cum postulassem ff. de damno infect.* & idem contingit in contractu valido gesto cum minore: licet detur in integrum restitutio, vt non teneatur restituere, qui cum minore contraxit, donec minor in integrum restitutionem petat, contrarium tamen erit, si contractus sit nullus, vt in donatione: quia tunc actionis iure tenetur donatarius, vel vbi dolus interuenit. vt de vtroque est textus, in *l. in causæ 1. ff. de mino.* nisi retentio sibi competat in contractu nullo, puta emptionis ad pretium datum, in quo minor effectus sit locupletior, de quo videnda sunt quæ dixi in libello de redditibus Ecclesiastic. in 1. part. in cap. 2. num. 4. 5. & 6.

SVMMARIVM.

1 *Error D. Martini.*
2 *Communia esse omnia in necessitatibus, quomodo intelligatur.*
3 *Pauperi extrema patienti datur actio, & qua actio ed sit.*
4 *Regula id quod nostrum est, qualiter intelligatur.*
5 *Factum iudicis, & factum partis æquiparantur.*
6 *Finita necessitate, an teneatur restituere ille, qui ob necessitatem accepit.*

IN IIII. monito D. Martinus, vt comprobet suam opinionem, quam in præcedenti monito tenet, dicit, veriorem esse eam, neminem fieri verum dominum rei, qua eget, ad liberandum se ab extrema necessitate, licet tutè possit eam accipere, etiam authoritate propria, & ea vti, quatenus esset ad id necessaria, quàm opinionem contrariam: sed quod pace eius dixerim D. Martinus non intellexit Doctorum opiniones. non enim volunt Doctores, quod efficiatur dominus, in extrema necessitate existens, ipso iure: nam neque earum 1
rerum, quarum dominium vacat, quis efficitur dominus, ante apprehensionem. vt in *§ feræ, institut. de rerum diui.* vbi textus inquit, Feræ igitur bestiæ, & volucres. & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cælo, & terra nascuntur, simulatque

que ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt, quod enim ante, nullius est: id naturali ratione occupanti conceditur.] Cogimur à domino Martino prima principia repetere: & quod dicetur in necessitati-
2 bus omnia esse communia, non intelligitur, vt ipso iure acquirantur: sed eo modo quo iure naturali acquiritur dominium, scilicet, per apprehensionem, non obstante priori, quod alius habebat dominio, & ita debent intelligi, quæ dicit *sanctus Thomas in 2.2.quæst.32.artic.7.ad tertium, & artic.8. ad primum, & quodlib.5.quæst.9. artic.17.& Cardin.Turrecrem. in cap.quamob rem, de pœnitent.distinct.1.& in cap.singulis, 3.colum. 86. distinct.* quæ hic refero, licet in libello de redditibus Ecclesiastic. retulerim, in 3. part. cap. 4. numer.3. quia in prima impressione Romæ facta, fuit erratum in his allegationibus, & ita diximus, pauperi dandam actionem, vbi extrema patitur: non vt ipso iure fiat dominus, sed vt actio personalis, non autem vendicatio ei competat.

3 Quæ autem actio sit, vt nihil intactum relinquamus, dicimus: quod erit condictio ex lege ciuili, quæ inuenit actiones ex ratione naturali, diuina, & iure gentium. vide quæ notat *Bartol.in l.1.ff.de condict.ex lege*. condictiones autem, esse actiones personales certum est. §. *appellantur, de actio.instit.* denique apprehendere potest pauper in extrema necessitate existens, id, quod sibi est necessarium, & apprehensione dominus efficietur: etiam renuente eo, & inuito, in cuius bonis, & dominio res prius erat: ante apprehensionem tamen debitum sibi est, non tamen ipso iure est suum, quippe ante apprehensionem non quæritur ei dominium.

4 Neque obstat argumentum D.Martini Nauarri, scilicet, id, quod est vnius, sine voluntate ipsius, alterius effici non potest: quia verum est, nisi lex ex iusta causa id efficiat. nam bona quæ confiscantur, mutant dominium inuito eo, qui prius dominus erat, aliquando ipso iure, aliquando per executionem. vt *cap. cum secundum leges, de hæretic.libr.6.& in l.donationes in concubinam, in §.final.ff. de donation.& in l.commissa. ff.de publica.& vectigali. & l. qui pœna. ff. de manumission. & in l. deportati. C.de bono. proscripto. seu damnat.* & condemnatus furti ad quadruplum, dominium suæ rei inuitus amittit. nam legis
5 executio facta à iudice, & factum partis æquiparantur: vt est textus notandus in *l.1. C.si in causam iudicat.pign.capt.sit.* cuius verba, quia est optima lex, referam, inquit textus: Res ob causam iudicati datas, eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri, ac distrahi posse, sæpe rescriptum est. nam in vicem iustæ obligationis succedit ex causa contractus, auctoritas iubentis.] & est textus *in l.si ob causam, C.de euictioni.* facit textus notandus in *l.seruus hac lege. ff.de manumissión.* not. *Bartol.in suis quæstionibus, in 1.quæst.numer.* 12. facit quæ notat *idem Bartol. in l.3. C.de pignor.num.*23. facit textus in *§.final. institut.de offic.iudic.* vbi iudex potest mutare dominium: facit textus *in l.qui restituere.ff.de rei vendic. & l.iustè possidet.ff.de acquirend.possess & l.generaliter, ff.de noxali.actio.* optima *gloss.in §.creditor.instit.quibus aliena.licet, vel non.* Et tradit *Tiraquell.de vtroque retract. in prima parte, in §.1.in gloss.14.num.13.* & vide quæ tradit *ipse in tracta. de iur constitut.in 3.parte, in 17.limitatio.* denique ratio D.Nauarri, quod id quod nostrum est, sine voluntate nostra auferri non potest, nihil valet: quia ex causa potest auferri, & à lege, & à iudice, & à parte, ex legis permissione, vt in specie proposita.

Quod vero D.Martinus ait, sufficere, vt succurratur extrema patienti, commodando, vel locando ei, & ita sufficit, rem illam accommodare, qua pauper eget, etiam non tradendo dominium illius. vt sentit *S.Thomas, in quodlibet.5. in quæst.9.artic.17.* non obstat, quia in quæstione proposita, nos loquimur de patiente extremam necessitatem, ita quod ei non subueniatur aliquo modo: & ideò, inuito domino, potest dominium ei auferri, & agi contra eum, ipse verò loquitur in casu contrario, scilicet, quando iam cessat extrema necessitas: quod, quàm extra positam quæstionem sit, omnibus constat.

Possem hic agere, an, cessante postea necessitate, pauper ille teneatur domino rem restituere, & breuissimè: ego sic dicerem, quod si res fuit in extrema illa necessitate consumpta, ad restitutionem non obligetur, aliquo modo pauper: secus si diues sit, licet eo tempore absens rerum suarum fuerit egenus: nam ille prior rem suam consumpsit, si verò stat, vt in exemplis D.Nauarri, vt si vestem pretiosam accipit propter extremam in frigore necessitatem: tunc puto, quod rem restituere teneatur, quod est de mente *Dominic.de Soto, in lib.4.de Iustitia & iur.in quæstio.7.articul.1.colum.penult.& fina.* licet eum reprobet iniustè *D.Martinus in suo Manual.confesso.in cap.17.in numero* 61. posset tamen iudex, ob criminis culpam, quando succurrere, extrema patienti, noluit, quod maximum crimen fuit, vt in *l. necare. ff. de liber. agnoscend. & cap. pasce fame morientem.* Et stellionatus crimine tenebatur: vt in *l.3.ff. de crimine stelliona.* existimate, vt res illi non restituatur: sed hoc iudex, multis circumstantijs consideratis, facere poterit: facit tex. in *lege annonam. ff.de extraordi. crimi. & l.sunt quædam eo. titulo.* & vt in pœnam possit ea re priuari, est optimum argumentum in *l.2.C.de infanti.exposi. & in l.vni.in §. sed scimus. C. de latin. liberta. tollend.* illud autem certum est, id quod pauci valoris fuerit in vsum vestium, vel alimoniæ impensum, repeti non posse: sed id quod maioris quantitatis fuerit, quasi id mutuatum sit: argument. text. notabi. ex quo videtur hoc decidi in *l.fin.C.de captiu.& postlimi.reuers.* licet loquatur de eo, qui sponte concessit.

Quòd verò D. Martinus, de pistore agente viginti,

viginti mulos panibus coctis onustos, inquit, quod pauper in extrema necessitate constitutus fieret dominus omnium, eadem ratione, qua vnius, verum non est. nam necessaria ei, qui extrema patitur, non verò superflua esse tribuenda, Doctores dicunt, & ideò tantum fieret dominus illius panis, quem ad manducandum apprehenderet: ex quibus apparet, opinionem nostram verissimam esse, non obstantibus D. Martini leuibus obiectionibus.

S V M M A R I V M.

1 *Alimenta praterita non debentur, quando obligatio inducitur à lege.*
2 *Dominus Martinus non satis intellexit, quid sit teneri in subsidium.*

IN v. monito reprehendit D. Martinus, dixisse nos, quod licet obligatus lege iustitiæ simpliciter, si tempore opportuno non soluat, teneatur ad restitutionem, non autem ille qui non obligatur simpliciter, sed tantum in subsidium: vt est pater, qui alere filium tenetur, non ad id simpliciter, sed ita demum si se filius exhibere non possit, ideò si hoc non fecerit, pater non tenetur ad restitutionem: cessat enim necessitas ratione præteriti temporis, propter quam parens tenebatur: sed D. Martinus dicit, istam nostram interpretationem esse falsam. Primo, quia non probatur hæc nostra opinio aliqua lege. Secundo, quod actiones subsidiariæ obligant ad restitutionem, vt ipse probat ex actione in factum subsidiaria, quæ in multis causis oritur, vt vulgatum est, & ipse deducit, sed vt vnico verbo respondeamus,

1 Ad primam dicimus, probari per rationes, & communem doctorum omnium opinionem, in *l. de alimentis, C. de transact. dicentium*, alimenta præterita peti non posse, quando à lege debentur: vt in dicto libello ostendimus, & probatur per textum expressum in *l. si quis à liberis, in § sed si filius, ff. de liber. agnoscend.* vbi si filius potest aliàs sustentari, non debentur ei alimenta, sed pro præterito tempore iam est sustentatus: ergo non debentur ei, nisi propterea æs alienum contraxit, vt per Doctores in *dicta l. de alimentis.*

2 Quoad secundum dicimus, quod D. Martinus fallitur in multis iuris notissimis principijs, & ideò nos non intellexit. nam loquuti sumus de eo, qui tenetur, non simpliciter, sed ita demum, si ille cui debentur alimenta, sibi suppeditare non possit, vt ex supradictis apparet, & ad hoc allegauimus textum in *dict. l. si quis à liberis, in § sed si filius possit se exhibere, æstimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere:* & ita loquuti sumus de alimentis quæ debent, dari in subsidium eis, qui se alere non possunt, & ita text. *in l. filia tua. C. de patr. potesta.* appellat subsidium vitæ, quod quid commune habeat cum subsidiarijs actionibus, non video quæ in defectum directarum competunt. nam ego de his non sum loquutus, neque vnquam ignoraui, non enim res est obscura, quod sint actiones subsidiariæ, vt vtiles omnes actiones, quæ in defectum directarum competunt, quando ex legis mente, vel ex æquitate, non ex verbis dantur: vt in *l. 1. in § quanquam, ff. aqua plu. arcend. & l. quoties, ff. de præs. verb. & in § cæterum, instit. de leg. Aquil.* vbi gloss. & in factum in subsidium vtriusque, vt ibi, quę eandem vtilitatem, quam directæ afferunt, licet in multis differant: de quibus *Bart. in repetit. l. 1. C. & ff. de action. & obligat. gloss. & Doctor. in l. ex legato nominis, C. de legat.* qui dicunt, actionem vtilem esse datiuam, non natiuam, expressa existente materia, vt in *l. iuris gentium, in princip. ff. de pact.* Denique ego loquutus sum de actionibus competentibus in subsidium personarum, non autem de illis, quæ in subsidium aliarum actionum competunt.

S V M M A R I V M.

1 *Ad id, ad quod quis ex lege sola charitatis tenetur, non potest per iudicem compelli.*
2 *Falsus est D. Martinus, quod putat, non esse legem iustitia, vbi subest aquitas naturalis.*

IN vi. monito, D. Martinus nos reprehendit in eo, quod dixerimus: illum, qui ex sola charitate, ad aliquid tenetur, non posse ad id per iudicem compelli, quod licet reprehendat dictus D. Martinus, verissimum tamen est, quia 1 solum debitum legale est id, quod in iudicium potest deduci, vt suprà ostendimus circa monitum ij. & iij. huius secundæ partis, sed debitum legale producitur à lege iustitiæ, & non à lege charitatis, vt ibi ostendimus: ergo vera est opinio nostra, & falsa opinio D. M. N. non obstat, quod ad subueniendum pauperibus in extrema necessitate existentibus, possit quis per iudicem compelli, quia vt suprà diximus, & nũc repetere à D. Martino compellimur, in ea specie obligatio descendit ex lege iustitiæ, non ex lege misericordiæ sola, & est debitum legale, vide quæ suprà diximus circa dictum tertium monitum huius partis.

Ad id verò quod D. Martinus N. dicit, vbi æquitas suadet, dati actionem. vt *in l. si me, & Titium. ff. si certum petat.* Respondemus, nihil inde sequi, quod nostræ opinioni adnersetur: quia actio illa ex debito legali, & ex lege iustitiæ descendet, non autem ex sola lege charitatis actio dabitur: numquam enim lex charitatis sola actionem parit, vt apparet ex his quæ supr. diximus in ista 2. parte, circa monitum ij. sed putat fore D. Martinus, quod vbi actio æquitatis ratione competit non à iure, vel iustitia, 2 sed à lege charitatis ea actio descendat, tamen Vlpianus aliud existimat, cum ius (quod à iustitia deriuatur) dicat esse artem boni, & æqui. in *l. 1. ff. de iustit. & iur. & D. Basilius in princip. prouerbiorum* inquit, Iustitia est quædam insita innataque nobis æqui distributio: quasi in tutelis,

lis, & pro socio, & deposito, quibus ex bono, & æquo procceditur, actiones ex lege iustitiæ non oriantur: quod ridiculum esset, & contra text. expressum in *l. indebiti condictio. ff. de condictio. indebit. in principio: & in l. eas obligationes. cum ibi notatis. ff. de cap. diminut.* sed id putasse D. Martinum Nauarrum, ex verbis eius constat: cum tamen nihil sit in iure ciuili, ex quo actio producatur, quod ex lege iustitiæ non descendat: nam, vt dictum est, ius à iustitia deriuatur:] vt inquit *Vlpianus in l. 1. in princ. ff. de iustitia & iur.* Vltimo D. Martinus N. laudat maximè Aluarum de Pelagio, & iure certè, sed cum meliùs quam alij suam quæstionem disputauerit, nunquam eum citauit, donec nos eum allegauimus: quod idem sibi contingit in Petro de Soto, vt patet in sequenti monito. num. 1. in fin.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus transcribit hic multas paginas.*
2 *Stantibus consuetudinibus, opinio D. Martini non est communis.*
3 *Omnia fundamenta D. Martini vno verbo dissoluuntur: quia præsupponit falsum.*
4 *D Martinus falsè imponit nobis, dixisse, clericum non peccare, profanè suos redditus Ecclesiasticos insumendo.*
5 *Falso etiam imponit nobis responsionem, quam nos dedimus.*

IN VII. monito D. M. repetit plura quæ pluries ab eo dicta sunt: & transcribit multas
1 paginas ex suo libro de reddi. Ecclesiast. in 2. q. n. 1. cum sequentib. cum omnibus fundamentis ibi positis: licet mutet ordinem, & alleget plura, quæ à nobis habuit in dicto nostro libello: & quatenus dicit esse opinioẽ suam communem, quòd clericus teneatur ad restitutionem malè expensorum ex redditibus Ecclesiasticis: licet verum id sit, solo iure communi antiquo attento: attentis tamen consuetudinibus & iure nouo *cap. 1. de cleri. non residentibus, lib. 6.* hæc non est communis opinio: vt diximus in
2 nostro libello, in 2. parte. cap. 1. nu. 4. & in c. 6. latiùs: vbi plures allegauimus, quos D. Martinus transcribit à nobis, & à R. D. Episcopo Segobiens. exceptis aliquibus ex Theologis, quos ipse allegat. Quatenus vero contendit suæ opinionis fuisse S. Thomam, latè supra ostensum est, id falsum esse: vt latè diximus in 1. parte, circa xl. monitum D. M.

Sed videamus nunc, quibus rationibus opinio D. Nauarri, imponentis obligationem restituendi nitatur, omissis authoritatibus. Prima est, & potior, quòd non solùm qui accipit, vel retinet iniustè alienum, tenetur ad restitutionem: verùm qui in distribuendis communibus, quibus sunt distribueda, minus distribuit: talis est clericus secundùm D. Martinum, qui, quæ sibi supersunt, pauperibus non distribuit: sed hoc est falsum: quia diuisio communia, pro parte quæ contingit, facit propria: vt latissimè in prima parte, circa monitum xlij. ostendimus: & idem efficit separatio partis clerici per ere-

ctionem beneficij: ergo nõn est verum teneri clericum ad restitutionem, cum sua expendent. Item dicit D. Martinus, quod qui recepit cum onere dandi, tenetur ad restitutionem, si non det, sed clericus cum hoc onere accepit, ergo tenetur ad restitutionem: falsum quidem est, quòd acceperit eum onere dandi, vt supra ostendimus. Item argumentatur D. Martinus, 3
qui furtum committit, tenetur ad restitutionem: sed clericus committit furtum non largiendo pauperibus. hoc falsum est, ex diffinitione furti, *in §. furtum, de oblig. quæ ex delicto nasc.* vbi dicitur, Furtum est contrectatio rei alienæ, vel eius vsus.] quia dominium, & vsus redditutum beneficij ad clericum pertinet: *cap. 1. de cleric. non resident. lib. 6.* Quòd autem sint hæc bona Domini nostri Iesu Christi, non efficit, vt non sint fructus clerici: vt supra in præcedenti parte latè dictum est. sed hic & vbique D. Martinus omnia repetit: quod verò contendit cum D. de Soto, an decimæ sint etiam ob alium finem quam Ecclesiarum seruitium, sacrorumque sacramentorum administrationem concessæ, non est opus hic discutere: cum ad decisionem quæstionis, de qua agimus, hoc nihil concludat. Argumentatur prætetea D. Martinus hoc modo: qui frangit legem iustitiæ, ad restitutionem tenetur: clericus autem qui ea, quæ sibi supersunt, non distribuit pauperibus, frangit iustitiæ legem: ergo tenetur restituere. Sed nos iam sæpè respondimus, falsum esse, frangere iustitiæ legem. Et ita minor est neganda, quia non est verum (quod iterum repetit) quòd frangat legem de non furando. Aliud verò argumentum scilicet magis teneri clericos quàm laicos ad eleemosynas, verum est, ex lege charitatis, sed non ex lege iustitiæ: neque est verum, æquè leges charitatis obligare laicos, ac clericos, data æqualitate terminorum: nam data inæqualitate vt ipse ponit, fallax est argumentum.

Item notandum est, quod immerito in hoc 4
monito vij. in nu. 9. D. Martinus mihi imponit, dicendo: omnes præter me, concedere, peccare mortaliter beneficiatos, qui vanè, & profanè expendunt redditus Ecclesiasticos. sed falsum est, me non fuisse eiusdem opinionis: cum in nulla parte mei libelli, hoc me negasse, reperiatur: nec ipse locum citat, imò sæpe contrarium asserui, vt ostendi supra in primo capite partis præcedentis; & nescio quo colore vel causa id asserat D. Martinus: cum supra in hoc eodem monito, in nu. 7. in medio referat me dicẽtem, maius peccatum cõmitti in abusu redditutum Ecclesiasticorum, quàm aliarum rerum. item fingit, me respondere in isto num. 9. ad argu- 5
mentũ suum: scilicet, quod clericus qui transgreditur legem iustitiæ, tenetur ad restitutionem: respondere me inquam fingit, quod non omnis lex iustitiæ obligat ad restitutionem: quia numquam ad istud argumentum hoc respondi: sed semper negaui, & pernegaui, trans-

gredi legem iustitiæ à clerico, qui malè fructus sui beneficij expendit: nam illam distinctionem feci in alio proposito: loquendo de obligatione subsidiaria, alendi aliquem in subsidium, quòd se sustentare non possit: vt apparet ex his, quæ diximus circa monitum 2. istius secundæ partis. Rursus idem repetit quod dixerat in monito j. vbi nos ei respondemus: & ex ibidem dictis apparet falsitas suarum opinionum: item repetit iterum, quæ dicta sunt ab eo snillies, circa diuisionem bonorum Ecclesiasticorum, & eadem quæ dixerat de concilio, & omnia alia, quibus satis superque in nostro libello est satisfactum, & supra in præcedenti priori parte.

Octauum monitum repetitio est.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus imponit, vt solet.*
2 *D. Martinus malè intellexit S. Thomam.*

NOnum monitum integrum transcribit D. Martinus ex dicto libro 2. q. versic. Secundum fundamentum. num. 8. pag. 181. Et ita
» inquit, Nihil obstare secundum aduersæ partis
» argumentum: videlicet, quòd qua ratione præ-
» sides, Magistratus, & alij ministri regis possunt
» liberè disponere de stipendijs, & salarijs suis si-
» ne restituendi obligatione: eadem ratione be-
» neficiati poterunt disponere de prouentibus
» redditu um sibi deputatis, quod ipse reprobat.
1 Sed ego hoc argumentum numquam feci: nescio an me sub aduersæ partis nomine velit cõprehendere: me enim solet nota N. significare: & licet possem cum nota M. eum nominare, cum malè semper me reprehendat: non tamẽ committam, vt suo nomine D. Martinum non appellem: sed credo, noluisse id de me intelligi, cum dicat aduersæ partis secundum argumentum, quia in secundo argumento quod ego posui in meo libello de redditibus Ecclesiast. in 4. parte, in c. 1. in nu. 1. nullum verbum dixi de hoc. & in c. 6. eiusdem partis, in num. 2. vbi posui aliud secundum argumentum, nihil etiam tractaui, quod ad hanc rem pertineret, nec in c. 2. eiusdem partis, nec in 5. Nec potest D. Martinus hoc colligere ex his, quæ dixi contra eum, in 2. parte dicti mei libelli, in cap. 2. vbi tractaui de salarijs Præsulum, & Decurionum: ibi enim ego non dixi, quòd eadem ratione, qua possunt disponere præsides, vel Decuriones de suis salarijs, possunt clerici disponere de suis redditibus. Sed respondendo ad falsam interpretationem quam ad *S. Thomam in 2. 2. q.* 43. ponit D. Martinus dicendo, S. Thomam
2 esse suæ opinionis, quia dixit: quemadmodum bona ciuitatum commendata sunt præsulibus, & Decurionibus earum: ita bona Ecclesiastica sunt commissa Prælatis earum: ego respondi, quod S. Thom. ibi non loquitur de redditibus assignatis mensæ prælatorum, sed de alijs bonis Ecclesiæ, quæ sunt in administratione Episcoporum: vt *cap. quisquis Episcopus 12. q. 2. cum alijs ibi per me allegatis*, aliàs inepta esset comparatio Decurionum cum Episcopo: cum Decurio non possit se sustentare de bonis ciuitatis, sicut Episcopus de bonis suæ mensæ sustentatur: quia ille non habet mensam: nam si haberet salarium constitutum, de eo possit disponere. Item respondi, quòd in illa quæstione S. Thomas loquitur de defensione bonorum, ab iniuria, quæ illis infertur: quia debet Episcopus defendere bona Ecclesiæ, sicut Decurio bona ciuitatis: sed quoad fructuum consumptionem, ibi non tractat *S. Thomas*: sed *in 2. 2. in q. 185. art. 7. sæpius allegata*: in consumptione autem quoad legem iustitiæ, pares essent Decuriones in suis salarijs, & clerici in suis redditibus: licet quoad legem misericordiæ longè distent: vt sæpissimè dictum est, & hæc omnia adeò ex verbis beati Thomæ clara sunt, vt operæ pretium non sit, hac in re longius immorari.

SVMMARIVM.

1 *De intellect. c. mos, & c. gloria Episcopi, & infra num. 3.*
2 *Ad hospitalitatẽ tenetur Episcopus, ex lege charitatis.*
3 *Laici etiam ad eleemosynas tenentur.*

IN x. monito D. Martinus reprehendit nos, dicendo, quod infirmè respondimus *ad cap. mos. & c. gloria Episcopi* 12. q. 2. scilicet, vt loquantur illi tex. de lege charitatis: in quantum in *dict. c. mos.* Episcopo, & familiæ eius datur quarta pars de fructibus Ecclesiæ, propter hospita- 1
litatem, & susceptionem, alia verò pauperibus, alia clero, alia pro reparandis Ecclesijs: quæ solutio D. Nauarro non placet: ego tamen credo
eam esse verissimam: quia credendum est, Epi- 2
scopum hospitalitatem, sicut alia opera charitatis seruare debet, seruaturum: sed quòd ad id lege iustitiæ, teneatur, non est verum, nec obstat quod D. Martinus dicat, grauamẽ, & onus sibi per illam dictionem, propter, imponi: quia omnibus Episcopis hoc impositum est, lege charitatis, vt hospitales sint: & illa verba, propter hospitalitatem interpretari debent, non dispositiuè, sed enunciatiuè, vt possit hospitalitas seruari, quæ non tam redditibus, quam Episcopo est imposita, sicut & alia charitatis opera: & ita non obligationem nouam text. ille inducit: nam pater pauperũ appellatur: quia ita debet in charitate iecisse radices, vt pauperes omnes tractet, vt filios, & ad istam interpretationem facit tex. *in l. pater filium, in §. fundum in versic. ita enim fiet. ff. de lega. 3.* & vide quæ dicam in *l. Gallus in principio. num. 33. cum sequentib. ff. de liber. & posthum.* Et hanc interpretationem iuuat text. in *dict. capitu. gloria Episcopi*, inquit text. Gloria Episcopi est pauperum opibus prouidere.] Gloria autem non ita versatur in operibus iustitiæ, sicut in operibus charitatis: quòd enim non sit latro, non homicida, non fœnerator, nulla gloria est: esset autem si opera misericordiæ maximè impleret:

impleret: ergo si aliena sunt, quæ sibi supersunt, nulla gloria Episcopi esset, si ea restitue-
3 ret:loquitur ergo de operibus charitatis, & nõ iustitiæ,quia ex lege iustitiæ non tenetur. Alia vero,quæ dicuntur in illo capite,ex Diuo Hieronymo recipiunt illam interpretationem, quam ponit *D. Dominicus de Soto*, nam eadem de laicis dicunt sancti: vt apparet ex authoritatibus,quas in dicto nostro libello 4.parte,in cap.5.num.6. in versi.5. & 6. imo & ex Euripide vt diximus supra, in 1.parte, circa 13. monitum: quos lege iustitiæ, nisi in extrema necessitate,non teneri ad eleemosynas, certum est: licet ex lege misericordiæ sæpe teneantur,vt in illo cap.latiùs docuimus,& quod D.Martinus dicit,Episcopum magis teneri facere eleemosynam, quam laicum, nos sæpissimè asseruimus:sed id esse ex lege iustitiæ, non est verum: sed ex lege misericordiæ, seu charitatis, vt & *Dominic.de Soto* asserit.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus nos reprehendit sine causa.*

IN xi.monito D.Martinus iterum,atque iterum redit ad materiam diuisionis: & vt verum fatear,nescio quid sibi velit, cum nos reprehendat:nec alleget locum in quo nos id dixisse arguat.videamus verba ipsius.

1 xi.Moneo,quòd Præfatus N. incautè significat,me dixisse:diuisiones bonorum Ecclesiasticorum hactenus factas, esse sine causa iusta ordinatas:cum ait non posse negari diuisiones fructuum,& erectionem beneficiorum ab Ecclesia iusta de causa, esse factas: illa videlicet, quam nos expressimus de impedienda discordia,quam communio parere solet, vel alia.incaute inquam, hoc significat: quoniam argumentum nostrum non prætendit concludere, absolutè diuisiones illas fuisse, absque iusta causa factas, sed disiunctiuè, quòd fuerunt factæ sine iusta causa: quod non erat dicendum, vel non ea intentione, vt absolutiorem potestatem haberent, Episcopus, & clerici, post diuisionem in suis partibus, quàm Episcupus habeat ante diuisionem in omnibus. Hæc sunt verba D.Martini: videamus quæ ego dixi in libello de redditib.Ecclesiast.in 4. parte, in cap. 2.in num.2.in versic. quarto, vt inquit D. Nauarrus,in q.1.num.39. Vel eorum intentio, qui huiusmodi diuisiones primitus induxerunt, fuit iniusta,quod credendum non est,vel certè fuit,vt vnusquisque de sua portione possit disponere, illo modo,quo ante diuisionem Prælatus poterat de vniuersis.&c. Hæc sunt verba nostra, in quibus ego existimare non possum, quid à me D.Martinus exigat: quod non præstiterim,quid me dixisse vult, quod in hac parte non dixerim:vel cuius intentionis D. Martinus fuerit.Quoad id verò quod D.Martinus dicit,me ineptè de intentione præcepti, & legis locutum fuisse: & remittit se ad ea, quæ dixit in quæstione præcedenti: nos iam l tis de hoc diximus, ideò non repetemus, nec curamus,ineptos nos passim à D.Martin.appellari.

SVMMARIVM.

1 *Comparatio bonorum,in cap.si Episcopi. cum dote mariti,est optima,contra D.Martinum.*
2 *In pluribus maritus,& Episcopus sunt similes, & bona dotalia,& bona mensæ Episcopalis.*
3 *Bona paraphernalia, & bona Ecclesiæ, quæ non sunt de mensa Episcopi,comparantur.*

IN xii.monito reprehendit nos D.Martinus 1
N.nouè comparasse beneficiatum in redditibus sui beneficij, marito in bonis dotalibus: dicit enim D.Martinus,in bonorum dotalium alienatione non requiri eandem solemnitatem,& causam, quæ in rebus Ecclesiasticis requiritur: & quòd maritus liberè de dotis fructibus disponere potest, non autem beneficiatus,de fructibus sui beneficij.Sed licet D.Martinus nos reprehendat, potius ipse dignus est reprehensione. Nam quod in dicto nostro libello comparauimus Episcopum, in suæ mensæ portione,marito, in dote sibi constituta: iure id fecimus:nam loquẽdo de Episcopo,principaliter fecimus dictam comparationem, & ad beneficiatos postea descendimus, & aliud simile adduximus:& in eo quod nos comparauimus,optima est similitudo, licet in alijs differant.nam sicut inter maritum,& vxorem cõtrahitur carnale matrimonium, ita inter Episcopum,& Ecclesiam spirituale. vt in *cap.inter corporalia.de translatio. Episcop.vel elect.* licet ius ipsum intelligat,in multis differre:cum fieri soleat translatio Episcopi de vna Ecclesia ad aliã, vt per *tot.de translat. Episco.* licet non possit fieri de vna vxore ad aliam:sed hæc differentia non efficit,vt non sit bona cõparatio: sufficit enim vt similitudo adaptetur in eo, de quo quærimus:licet in alijs multis differãt: vt latiùs supra diximus, in parte præcedenti, circa monitum xxxv. Quod autẽ optima sit comparatio inter Episcopum,& suam Ecclesiam ad maritum & vxorẽ,licet vt diximus,sufficere deberet,quòd hæc comparatio sit à iure,dicẽte:quod sicut inter maritum,& vxorem contrahitur matrimonium carnale, ita inter Episcopũ & Ecclesiam
spirituale:vt *in d.c.inter corporalia.* ex alijs,etiam 2
multis potest cõprobari hæc eadẽ comparatio. Primo quod Episcopus habet mensam separatam ab alijs bonis Ecclesiæ, sicut maritus dotẽ separatam ab alijs bonis vxoris,quæ paraphernalia dicuntur. vt in *l.pro oneribus C. de iure dot.* iunctis legibus,quæ de his paraphernalibus loquuntur,*in l.maritus. in princip.ff.ad l.Falcidiam, & l.si ego. in §. dotis autem, & in §. planè, vsque ad fin. legis.ff.de iure dot.: & in lege hac lege. & in lege finali. C. de pact. conuent.* & declarat *Azo in summa C.de iure dot.* Itẽ, sicut Episcopus aliorum bonorum Ecclesiæ extra suam mensam, & 3

est, obseruatur: ex quo vtramque consuetudinem probari, manifestum est: quod D. Martinus facilè intelligere potest, cum maxima consuetudo sibi sit cum dictis hæredibus, qui nũc, sicut ipse, Romæ commorantur. Non obstat supra dictis, quòd dicat D. Martinus longè maiora esse onera mariti, quam beneficiati. Primò quia, vt aliquid simile dicatur, non per omnia debet esse, vt supra diximus. Secundò dicimus, id non simpliciter esse verum, quia vt inquit *Diuus Gregorius*, Ars artium est regimen animarum.] Et *idem Diuus Gregorius* inquit *supra Ioannis 20. cap.* Grandis honor, sed graue pondus istius est honoris: ducum quippe est, vt qui nescit tenere moderamina vitæ alienæ. Et *Chrysost.* Sacerdos etiamsi propriam benè dispensauerit vitam, aliorum verò non cum diligentia curam habuerit, cum perniciosis in gehennam vadit: scientes igitur periculi magnitudinem, multam tribuite eis deuotionem, &c.] Nam & *Diuus Paulus* optimi pastoris officio fungens, inquit, Quis infirmatur, & ego non infirmor? quis scandalizatur, &c. Licet onus illud leue D. Martino videatur: *D. Chrysostom. in libris de sacerdot.* visum non est. Præterea plus, & minus non differunt in substantia: vt in *l. fi. ff. de fund. instruct.* diximus in dicto nostro libello in 4. parte in cap. 1. num. 7. in 8. argumento. Et ideò etsi essent maiora onera
3 mariti, quam beneficiati, non efficit, quin & causa beneficiati onerosa sit: cum beneficium detur propter officium: vt æquum sit temporis quo inseruiuit, fructus sibi concedantur: dignus est enim mercenarius mercede sua. quibus rationibus non existimo posse D. Martinum respondere: nam quod dicit, id verum esse, de eo, qui nihil vnquam accepit à beneficio, non satisfacit: quia idem est in eo, qui multis annis habuit beneficium, si pro vltimo anno quo inseruiuit, vel bona eius parte id fiat sine emolumento. nam vt est notissimum iuris principium: quod iuris est de toto, quoad totum,
4 idem iuris est de parte quoad partem. Et ita peccat, qui vno mense defraudat mercenarium, qui longo tempore seruiuit, soluta illi mercede, ac si non seruisset vltra illum mensem: si inuito eo salarium illius mensis sibi retineat. & hæc sunt adeò euidentia, vt mathematica ratione, sint communes animi conceptiones, & communes sententiæ, vt in *Euclide l. 1. & in lib. 2. propositione 1. & in diffinitionibus 31.* nam vt in *quinto in diffinitionibus Campanus* ex Platone, & Boëtio probat in ponderibus, in elementis, in musicis, nedum in quantitatibus datur proportio: & in terminis nostris est text. in *l. Seio amico. ff. de annuis legatis. in fi. principij*, ibi, Cum tam labor quam pecunia diuisionem reciperent.] Comparatio autem, quam ipse facit inter fideicommissarium, & beneficiatum, ex supra dictis corruit: cum fideicommissarij causa lucratiua omnino sit, vt in *l. Maxius. in §. duorum. ff. de lega. 2. & in l. vnic. C. de impo-*

Franc. Sarmient.

nend. lucrati. descripti. lib. 10. in §. lucratiuas, & diximus in dicto libello: neque D. Martinus his respondet.

In xiiii. monito licet D. M. videatur nos reprehendere: tamen postea videtur à reprehensione discedere. Sed nos non affirmauimus aliquid eorum quæ ipse dicit: cum opin. Alberi. & posita in c. præcedenti sequuti simus, quoad eos verò, qui vellent aliam sequi opinionem, posuimus notandam declarationem: quæ ibi videatur, maximè in hac vltima impressione in 4. parte, in cap. 6. num. 14. nam *l. si fur. ff. de vsufruct.* non satis declaratur per D. Martin. N.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus nos reprehendit de re, in qua nullum fecimus verbum.*

2 *D. Martinus dicit opinionem suam communem, nemine allegato, qui eam teneat.*

IN xv. monito D. Martinus nos reprehendit, „ dicendo, Moneo, nihil obstare id quod pręgatus N. referens præfatum Reuerendiss. Segobiens. tenet: videlicet, quòd diuisio fructũ inter succedentem in primogenio, seu maioratu, & eum qui tenuit illum: non est facienda eo modo quo fit inter vsumfructuarium, & dominum finito vsufructu. hæc] sunt verba D. Martini N. Ego sæpissimè dubito qua ratione D. Martinus multa, quæ in illa apologia continentur, scripserit, adeò ira commotus 1 vt dum nos reprehenderet, quid diceret, non curaret: nam ego de hac re nullum verbum in meo libello de reddit. Ecclesiast. protuli: ætatis credo vitium esse, non hominis: præterea, opinionem suam in hoc monito sicut & alibi 2 sæpè dicit esse communem, nullo authore citato, qui eam tenuerit: quasi ipsum dicere, sufficiat.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus imponit, quæ numquam diximus.*

IN xvi. monito, eadem licentia, seu potiùs errore D. Martinus notat, asseruisse nos incidenter id, quod est dictum de diuisione fru- 1 ctuum dotis, inter maritum, & vxorem: vt pro rata temporis diuidantur inter superstitem & alterius hæredes, esse obseruandum in diuisione solutionis pensionum, à Papa super beneficijs constitutarum: quia, vt dixi, in hac re nullum verbum protuli, nihil dixi, neque dicere poteram id quod mihi D. Martinus imponit: cum sciam Rotam, in qua, licet immeritus, per 12. annos auditor extiti, contrarium seruare. Sunt enim de hac re mano scriptæ notissimæ decisiones, quibus obseruatum est, vt non soluatur rata pensionis si decesserit is, cui debetur, antequam dies solutionis venerit.

SVMMARIVM.

Omnia hæc monita sunt transcripta à D. Martino, à suo libro de redditib. Ecclesiastic. vt in singulis notatur.

IN xvii. monito D. Martinus me reprehendit, quod ego significauerim, cum voluisse, concilium Tridentinum aliquid innouasse: cum ipse non nouasse concilium, sed declarasse, id quod de iure antiquo erat, dixerit: sed si verba mea inspiciantur: clarissimè asserui, concilium nec declarasse, nec de nouo induxisse, aliquid, quod ad legem Iustitiæ pertineret: sed loqui de lege pietatis, seu charitatis, de quo & infra dicemus.

xviii. monitum est totidem verbis transcriptum à libro prędicto de redditibus Ecclesiast. in 2. quæstio. num. 19. versic. 3. pag. 182. & in eo D. Martinus N. reprehendit R. Dominic. de Soto multis vulgaribus fundamentis: eò quod tenebat, non posse satis rectè æstimari, quanto egeat beneficiatus pro sua honesta sustentatione, &c. quod ego vnico verbo ostendi, esse falsum, in prædicto libello de redditibus Ecclesiast. in 4. parte, in cap. 5. pag. 229. in prima impressione, nu. 9. in medio: à quo loco D. Martinus accipit suum principale argumentum cōtra Sotum scilicet tertium: licet verbis pressioribus ego dixerim, eadem nempe ratione, qua D. Sotus facit eos liberos à lege Iustitiæ, nos etiam posse dicere eos esse liberos à lege charitatis, & misericordiæ, & sic à peccato: & etiam citat S. Thomam, quem ibi prius ego allegaueram: nam omnia præcepta Decalogi, quæ dicit facere contra nostram opinionem, verissimè faciunt contra suam apologiam.

xix. monitum D. M. est transcriptum ex dicta 2. q. versi. quarto pag. 184. in eoque R. P. D. de Soto solum reprehendit, atque id sequitur: meque paululum respirare, ac recreari sinit: de quo quia sæpissimè iam actum est, paucis hic dicam D. M. perperam D. de Soto reprehendere: nam is pares efficit laicos, & clericos quoad legem iustitiæ, quo ad legem verò misericordiæ, magis astringit clericos, vt sæpe dictum est: & ita Dominic. Sotus non est sibi contrarius, nec mutauit sententiam, vt ex verbis eius euidentissimè apparet: quicquid D. Martinus N. dicat hic, & in 1. q. in monit. xxxviij. num. 10. quia aliud est loqui quoad peccatum, aliud quoad restitutionem: de quo solo est nostra controuersia.

In xx. monito D. M. N. transcribendo totidem verbis ferè, quæ dixerat in dicta 2. quæst. vers. 6. pag. 187. in dicto suo libro de redditib. Ecclesiast. reprehendit R. D. Dominic. de Soto in quadam sua consideratione: & meritò D. Martinus eum reprehendit: nam magis amica veritas, cuius amplectendæ studio, quoties D. Mart. N. veras proposuerit opiniones, eum pedibus manibusq́; animo libentissimo, sequar.

xxi. monitum D. Martinus transcribit ex dicta 2. q. versi. septimum nu. 24. pagin. 189. & respondet ad concilium Tridentinum: in quo nulla fit mentio de restitutione: si enim voluisset ad restitutionem concilium obligare, id expressisset: sed ipse D. Martin. dicit, quod neque concilium à restitutione liberat: ideò verius est in dispositione iuris communis concilium id relinquere: iure autem communi, antè concilium non erat obligatio restituendi, vt iam sæpe probauimus: ergo neque post concilium.

In xxii. monito, D. M. hic etiam transcribit ex dicta q. 2. ver. octauo, num. 25. pag. 190. & iterum, atque iterum tractat de consuetudine testandi: quam modo fateri videtur, modo negare: cum dicat, quasi omnes confessores sequi opinionem suam: ideò non esse consuetudinem in contrarium: sed nos iam sæpe veritatem huius rei ostendimus: & quoad confessarios attinet, ego quotquot homines doctos ordinis sancti Dominici, & S. Francisci allocutus sum, opinionem D. Martini explodunt: idem faciunt omnes Societatis Iesu, religiosi viri, pij, & docti: nescio vnde D. Martinus affirmet, quasi omnes confessarios opinionem suam sequi: cum quilibet experiri possit, contrarium esse verius in facto, vide quæ dicta sunt in præcedenti parte, in cap. 2.

xxiii. monitum est transcriptum à dicta 2. quæst. num. 26. pag. 191. & in eo D. Martinus non loquitur nobiscum: & fingit ipse argumentum suo modo: vt ipse pro se sumat argumentum, sed satis leue: quia id pertinet ad distributiuam iustitiam, quod nihil ad propositam quæstionem facit.

In xxiiii. monito D. Martinus vt morem suum obseruet, transcribit quæ dixerat in dicta 2. quæst. versi. decimum. pag. 199. & iterum, atque iterum repetit id quod de opinione S. Thomæ supra dictum erat: sed nos ne rem actam agamus, contenti erimus, rem hanc semel in nostro libello, de redditib. Ecclesiast. in 2. parte, in cap. 2. & iterum supra compulsi ad moni. xl. in prima huius defensionis parte latè tractasse.

xxv. monitum est totum etiam transcriptum ex dicto libro de redditib. Ecclesiast. 2. q. num. 28. pag. 194. & argumentatur D. Martinus N. contra Adrianum: quod nos minimè tangit. argumentum verò de eleemosynis datis pauperibus, nos alio modo proposuimus, vt magis astringat: sed de hoc alibi sat tractatū est.

In xxvi. monito, D. Martinus repetitionem longam facit eorum, quæ dixerat in suo libro de redditibus Ecclesiast. nam transcribit decē paginas ex dicta 2. quæst. nu. 30. pag. 197. vsque ad 207. circa illam quæstionem, quam ponit præsupposito, scilicet, quod clerici teneantur ad restituēdum pauperibus ea, quæ impenderunt vltra sibi necessaria: an donatarius etiā ad restitutionē teneatur eorum, quæ à clerico accepit:

accepit: ideò de hac re cum satis superque dictum, & repetitum à D. Martino sit, & ad opinionem nostram minimè pertineat, secundùm quam hæc quæstio vana est, solum dicam, ignorare me omnino, quomodo D. Martinus in hoc monito ponat hæc verba. Tertio dico,
» quod si ignorans clericum beneficiarium sol-
» uendo non esse, neque amplius eum in bonis
» habere, quam id quod sibi donatum volebat,
» id ab eo acceperit ex causa onerosa, iuxta quod
» non tenetur ad restitutionem. Hæc verba Do-
» mini Martini quid sibi velint, difficile est intelligere, quomodo si donatum volebat, accepit ex titulo oneroso. Donatio enim titulus merè lucratiuus est, immò solus lucratiuus: quod ea ratione & legatum, & fideicommissum lucratiuus titulus est: quod legatum & fideicommissum donatio sit, in § *legatum, institut. de legat.* postea tractat, an pauperes habeant hypothecam, vt præferantur creditoribus, sed dubium non est, præferri debere, si teneremus opinionem D. Martini Nauarri, quia licet non sit hypotheca, onus tamen alendi pauperes cum re ipsa ortum est, vt omnibus præferri debeant, vt diximus in nostro de redditibus Ecclesiasticis part. 4. in cap. 1. in num. 1. nam ipse vult quod superest clerico alienum esse, ideò furtum in eo clericum committere, si pauperibus non reddat, in re autem furtiua, præfertur rei dominus omnibus creditoribus, vt patet. Alia quæ D. Martinus dicit circa ea, quæ pertinent ad creditores beneficiati, supra iam in præcedenti parte reprobauimus in monito xlvj.

SVMMARIVM.

1 *Domini Martini repugnantia detegitur ex verbis ipsius.*
2 *Eadem lege potest plus delinquere clericus, quam pauper.*
3 *Charitas non est determinabilis per legem positiuam.*

IN xxvii. monito D. Martinus, quasi aliquid pro se adinuenerit, ex his quæ ego dixi, vult probare suam opinionem veram: nam dicit me dixisse, multo magis peccare clericos de superfluo non facientes eleemosynam, quam laicos non facientes eleemosynam de superfluo suorum, & quod ex natura rerum maius peccatum committitur in abusu rerum Ecclesiasticarum, quam aliorum: quod nulla ratione alia contingere potest, quam quia lege aliqua iustitiæ ad id tenentur ipsi, qua laici non tenentur. &c. Et subdit, quod ego fateor, lege charitatis, & misericordiæ, omnes ex æquo teneri, citando verba text. in *cap. in singulis, 86. distinctio.* de his tractaui, vbi posui verba text. prædicti in dicto libello de redditibus Ecclesiasticis in 4. part. in cap. 5. in num. 8. circa finem. sed non est verum, quod ego dixerim, ibidem laicos, & clericos ex æquo teneri, vel æqualiter: quia non reperietur tale verbum in meo libro, imò
1 ex his, quæ ibi dixi in numer. 5. in fine contrarium apparet: sed recordari deberet, quod in alijs locis contrarium eius quod nunc dicit, me dicere asserit. nam aliàs fingit, me dicere, clericos vanè & profanè redditus Ecclesiasticos expendendo, non magis peccare, quam laici peccent, expendendo redditus profanos: hic verò ostendit, non esse verum me id dixisse, quod mihi imposuit: quia nunquam id asserui, neque tenui: sed id quod hic ipse D. Martinus refert, scilicet magis peccare clericos, quam laicos, vt etiam ad id citat me in ista quæst. 2. monit. vij. numer. 7. pagin. 456. quid ad hæc respondeat, vellem intelligere. Sed his omissis, quæ in principio huius libelli iam ostendi, videamus argumentum suum, clerici tenentur magis, quam laici ad eleemosynam, ergo ex lege iustitiæ, nego consequentiam: bene tamen ex lege misericordiæ, qua & laici, & clerici tenentur: & peccant, si contra eam eleemosynam non largiantur, sed non æquè. nam 2
sub eadem lege potest vnus magis peccare, quam alius. nam contra Decalogi præceptum, de non adulterando, magis peccat clericus, quam laicus: consequentia itaque D. Nauarri, clericus magis peccat, ergo non ex illa lege, qua laicus tenetur, falsa est. quinimmo magis peccat clericus, malè expendendo bona sua patrimonialia, quàm laicus: vt latè probat *Abulens. super Matth. tom. 3. fol. 29. & 30.* quod verò dicit circumstantiam illam, quod sit clericus, non augere peccatũ, ita vt de peccato veniali, fiat mortale, potest negari: vt patet ex *titulo de cleric. venatorib.* & alijs: vbi circumstantia hæc, quod sit clericus, potest efficere mortale, & probatur in *titul. de vit. & honest. cleric. in cap. 2. & in cap. 4. & cap. penul. & cap. fin.* & plus etiam peccat clericus ex lege charitatis sibi iniunctæ. nam licet lex charitatis omnibus apponatur, strictius tamen clericos de bonis Ecclesiasticis, & Episcopos, qui pauperum patres esse debent, obligat.

Cætera verò, quæ nos dixisse, refert, scilicet
leges iustitiæ naturales, & diuinas generales 3
determinari per leges positiuas, non autem lege charitatis posse determinari, verissima sunt, & quatenus apponit, alias leges diuinas, & naturales, præter iustitiæ leges, determinari per leges humanas, quid inde contra nos sequatur, non video: quia ego posui iustitiæ leges ad differentiam legum charitatis, vt inter has interfit, de alijs autem virtutibus non tractaui, quia non faciebant ad propositam à nobis quæstionem, & materiam: maximè, quia reliquas virtutes comitatur etiam iustitia, vt per *S. Thom. 2. 2. quæst. 85. art. 5. & art. 6. & art. 8. ad 2. & artic. 9. ad 3.* qui vult, iustitiam diffundi per omnes alias virtutes: & *S. Ambros. offic. lib. 1. in c. 27. & lib. 2. in cap. 9.* omnes enim sunt implicatæ, vt *Cicer. offic. lib. 1.* inquit.

Præterea D. Martinus negat, sanctum Thomam dicere id, ad quod ego eum citaui: scilicet, quod lex charitatis determinationem non

recipiat, sed ego transcripsi verba *sancti Thomæ in 2.2. quæst. 184. articul. 3. in responsione*, vbi ô cit: quod dilectio Dei, & proximi non cadit sub præcepto secundùm aliquam mensuram: & iterum infra dicit: Finis præcepti, charitas est. & rursus in fine, Non adhibetur aliqua mensura. ergo charitas non est determinabilis, quia charitas est finis omnium præceptorum. hæc longiùs retuli in libello de redditibus Ecclesiasticis in 4. part. in cap. 5. num. 1. & 2. & quod Dominus Martinus dicit, legi de amando Deum, adiunctam esse legem de amando ex toto corde, & ex tota anima, ita vt modus charitati imponatur, non est verum: quia potius per eam legem modus tollitur, cum nihil relinquatur, quod charitati non sit tribuendum, quàm vt modus adiciatur, vt apparet, & *Diuus Bernardus in tractat. de diligendo Deo*, inquit. Modus sine modo diligere:] & *S. Thom.* clarè hoc dicit, quod etiam asserit *idem sanct. Thom. quæstion. 1. quodlibet. 5. articul.* 18. & optimè *idem sanctus Thomas opuscul. 17. in cap. 6. column. 2.* vbi „ inquit, Præceptum dilectionis Dei, quod est „ vltimus finis Christianæ vitæ, nullis terminis „ coarctatur. præterea illa verba, Ex toto corde tuo, non sunt de præcepto, sed est finis præcepti, secundum *eundem sanctum Thomam, in quæstionibus disputa. in quæst. 1. de charita. art. 10. versic. ad primum.*

Item Dominus Martinus negat *sanctum Thomam* etiam per me allegatum, in 1. 2. *in quæst. 99. articul. 5 ad primum*, dicere id, ad quod ego cum allegaui, scilicet quod ex lege diuina tantum potest determinari per legem humanam id, quod ad iustitiam pertinet, non id quod ad charitatem: quia vt dicit Dominus Martinus, S. Thomas loquitur solum de præceptis legis veteris, sed falsum est: quia ibi ponitur regula à sancto Thoma quæ hoc probat. nam dicit: moralia tantum sunt lege determinabilia, in quantum pertinent ad iustitiam, cuius etiam quædam pars est religio. & sic sanctus Thomas sentit apertè, quod ea, quæ ad charitatem pertinent, determinationem non recipiant. & dominus Martinus omittit in sancto Thom. hæc, quæ nos retulimus, vbi probat nostram intentionem. Quod verò Dominus Martinus in fine interpretatur S. Thom. nos ad verba sancti Thom. nos remittimus, ne in omnibus contendamus. Hic finit Dominus Martinus secundam partem Apologiæ: videamus qualia sint, quæ in tertia parte adducit.

PARS TERTIA

DEFENSIONIS LIBELLI

DE

REDDITIBVS

ECCLESIASTICIS,

AB IMPVGNATIONIBVS D. DOCTORIS

MARTINI NAVARRI.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus, vt solet, transcribit multas paginas ex alio suo libro.*
2 *Quare clericus iure communi non testetur.*
3 *Quare annui redditus clericis assignentur.*

1 IN primo motiuo huius tertiæ quæstionis Dominus Martinus Nauarrus transcribit sex paginas ex suo libro de redditibus Ecclesiasticis 3. quæst. pagin. 212. vsque ad 217. & tam ibi, quàm hic, ostendit clericos iure communi testari de redditibus Ecclesiasticis non posse, quod nos etiam fatemur: nisi consuetudo aliud induxerit, & respondet D. Martinus Petro de Bella pertic. Cyn. & alijs, qui dicebant, in legem Fusiam Caniniam incidere eos, qui in vita potestatem disponendi clericis concedunt, in morte verò sibi adimunt. possumus hic nos multa deducere, vt non iniqua fuerit hæc constitutio, & Dominus Martinus bene hoc ostendit, quod comprobatur ex his, quæ nos diximus in prædicto libello de redditibus Ecclesiasticis in 4. parte, in cap. 6. numer. 11. circa finem, vbi posuimus rationem, quare ius canonicum, quod permittit clericis in vita de suis redditibus 2
disponere, non permittat idem in emptis de eisdem redditibus, scilicet, vt tolleretur occasio cupiditatis augendarum rerum, & patrimonia

monia amplificandi. non malè facit etiam, quod natura ipsa ostendit, iustius enim est posse disponere in vita, quam in morte. nam cum in morte sit dispositio, seu potius vbi confertur post mortem, in tempus inhabile, quo futurus non est dominus, quis disponere videtur, & ita inutiliter; quia paria sunt, disponere in tempore inhabili, vel conferre dispositionem in tempus inhabile: vt nostri Doctores dicunt in *lege quod sponsa. C. de donation. ante nuptias.* Facit textus *in lege quia in eum. ff. ad leg. Aquil. l. non vnquam, ff. de condit. & demonstration.* Facit gloss. *in cap. si Papa, 40. distinct. Fab. in §. si vero, numer. 4. de inutilib. stipult.* Faciunt quæ tradit *Abb. in cap. licet euitanda, in 2. column. de electiion.* de qua reg. vide *Iason. in Rubric. C. qui testament. facer. poss.* latius per *Tiraquellum de iure constitut. in 3. parte, in 2. limitat. per totum.* vide gloss. *in cap. 1. de sepultu. libr. 6.* optimus textus *in l. Stichus seruus, ff. de manu. testam.* & ita gloss. *in l. illa institutio, ff. de hæredit. instituend.* dicit, quod vix permittitur quis testari, cum disponat in tempus, quo bona non sunt futura sua, & ita ius testandi ex quadam dispensatione inducitur, de quo per *Decium in rubric. C. qui testament. facere poss.* & per *Andr. Barba. in rubric. in column. 2. extranag. de testament.* cum ergo ius testandi ex quadam, vt dixi, dispensatione inducatur, cum clericis quoad redditus Ecclesiasticos noluit ius dispensare, quia non debeat reseruare ad mortem, nec thesautizare, sed in vita disponere. Et ita redditus eis annui dantur,
3 vt in futurum non debeant esse soliciti, sed possint sine periculo famis, vel cura temporis futuri fructus annuatim expendere, & officio suo incumbere. Et hæc est optima ratio, quam breuissimè tetigimus in nostro libello de redditibus Ecclesiasticis in 4. part. in cap. 4. ante numer. 8. aliquæ enim ex rationibus Domini Martini non sunt bonæ. nam quod dicit absurdum fore si Ecclesia permitteret beneficiatis, absque causa testari de reliquis redditibus beneficiorum in superfluos, & profanos vsus: parum, aut nihil potius facit: cum neque in pios quidem vsus Episcopus vel clericus iure communi testari possint, vt ipsemet Dominus Martinus in fine asserit, nec etiam sequitur, si ius permitteret simpliciter clericis testari, præsumendum propterea esse, profanè eos testaturos, sicut & in vita disponere permittit, non tamen possumus dicere ad hoc permittere, vt vanè & profanè (vt verbis Domini Martini vtamur) clerici disponant, quia cum lex misericordiæ debeat eorum actus dirigere, neque lex iustitiæ in hoc disponat, eorum conscientiæ relinquitur.

SVMMARIVM.

1 *Dominus Martinus nobis, vt solet, imponit.*
2 *Non est communis opinio, quod consuetudo non valeat, contra D. Martinum.*
3 *D. Martinus millies repetit eadem.*
4 *Idem facit in monito sequenti.*

IN 11. monito Dominus Martinus nobis imponit, dixisse, & contra receptam sententiam renuisse, & affirmasse: omnes beneficiatios posse perinde testari de redditibus suis Ecclesiasticis, ac de bonorum patrimonialium redditibus, quod nunquam dixi, sed dixi, posse eos testari, vbi hoc consuetudine receptum est, vt in Hispania, & ipse sine consuetudine fingit, me hoc dicere, meque ait fecisse fundamentum, in *cap. 1. de cleric. non residentib. lib. 6.* ad quod propositum nunquam illum textum allegaui, neque hoc dixi: nam licet dominus fructuum, sit beneficiatus per illum textum, dixi tamé, clericum debere seruare id, quod sibi ius canonicum præcipit, licet sit dominus: nisi hoc ius sit mutatum consuetudine, vel per summum Pontificem facultas testandi concedatur, vt apparet in dict. meo libello, in 4. part. in c. 3. in fin. num. 3. & num. 4. & ita Dominus Martinus vt ei libet, nobis imponit. Postea verò negar consuetudinem, de qua millies dixit, & iam nos eum errare, euidentissimè ostendimus supra in 1. part. in cap. 2. Ait præterea communem esse opinionem, & non solum communem, sed ferè omnium sententiam, quòd consuetudo testandi clericos de fructibus suis, quos ex beneficijs collegerunt, non valeat, & carpit nos, quod apprimè verba Doctorum ponderauimus, vt ostenderemus, non esse cómunem opinionem: cum tamen vt aliqua dicatur communis opinio, non sint Doctores tumultuariè, & per transennam videndi, sed diligenter, & accuratè, vt nos fecimus, ita vt ex dictis per nos dubium sit, quid magis communiter teneant Doctores: & licet Dominus Martinus dicat, esse Doctores, qui dicant, illam consuetudinem testandi de illis, aut de illis redditibus, valere: rarissimos tamen esse, qui ausi sint dicere, id quod ego, valere: vt ad libitum omnes beneficiarij de omnibus redditibus Ecclesiasticis perinde ac de patrimonialibus testentur, tamen quod ego dixi, dicunt multi Doctores, & sub eisdem ferè verbis, scilicet, vt valeat consuetudo, quod clerici de redditibus suorum beneficiorum testentur. Et ita puto valere vniuersalem Hispaniæ consuetudinem, & contrarium asserere, est temerarium, & audax. Ideò puto ex maiori parte Doctorum posse opinionem nostram defendi. nam *Hostiens. Ioan. Andr. Calderinus, Antoni. de Butrio, Ioan. de Imol. Ioan. Fab. Ioan. de Fantusiis, Aegidius de Bella mera. Cardin. S. Sixtu, Henricus, Petrus de Vbald. Illustrissimus & Reuerendissimus Episcopus Segobiens. Bertachin. & gloss. pragmatic. sanctio.* eam tenet, vt ostendimus in nostro libello in 2. part. in capit. 6. & 7. & alios allegat *D. Episcopus Segobiens. ibi allegatus.* Sed Dominus Martinus Nauarr. semper suas opiniones dicit communes, licet ipse solus, vel vnus, aut alter eas teneat.

teneat. Doctores autem qui negant, consuetudinem valere, non loquuntur de consuetudine, cuius initij non sit hominum memoria, cuius Pontifices sunt, & fuerunt conscij. nec de consuetudine ita generali, & communi, tot regnorum consensu recepta, & obseruata.

5 Denique Dominus Martinus vt ostendat consuetudinem non valere, iterum repetit per plures columnas ea, quæ de hac re superius dixerat, scilicet quod beneficiatus tenetur ad restitutionem, neque potest disponere de his quæ sibi supersunt: quia, inquit, leges Decalogi, sunt leges diuinæ, immò naturales, & ita beneficiatus venit contra præceptum septimum de non furando, quod repetit infra monito v. & x. de non concupiscendo, & quia vtitur re aliena contra voluntatem domini. Nam si is, qui commodatam mulam accepit Salmanticam vsque, ducat Burgos, furatur, quod sæpissimè dixerat in lib. de redditibus quæst. 1. numer. 13. & 5. 1. quæst. monito xxxix. numer. 3. & ideò in numer. 5. in quæst. 2. in x. monitu mittit equum, non mulam. nam mula illa iam labore itineris defecerat, toties hanc eandem viam peragens, sed hoc viderit *Pomponius in l. final. ff. commoda.* Alia multa repetit per plura folia, quæ omnia tolluntur ex dictis superius, & in nostro libello de redditibus Ecclesiasticis in 4. part. in cap. 1. numer. 8. cum sequentibus. Ideò hic non respondeo, ne priuilegium toties eadem repetendi Domino Martino Nauarro quod ipsius est proprium, nobis vindicemus. violarentur enim omnes leges, quas hic ipse violari dicit: ideò veniamus ad aliam longissimam etiam repetitionem, quam in monito sequenti facit.

4 In iii. monito repetit, vt ipsemet Dominus Martinus fatetur, quinque argumenta, quibus in suo libro de redditibus Ecclesiasticis vsus fuit cum suis solutionibus, & iterum tractat de consuetudine. quæ omnia non semel, sed decies in hac apologia sunt repetita, & non solum sæpissimè in libris quos scripsit, repetit millies omnia, verùm in libris quos scripturus est, eadem se repetiturum pollicetur. Nam hic dicit se dicturum in *capit. non liceat Papæ, 12. quæstion. 2.* quod affirmat se commentari nunc, & hoc centies dicit in hoc libro. nam in hoc monito dicit ter: & iterum in sequenti monito.

Circa ea verò quæ Dominus Martinus in hoc monito dicit de consuetudine testandi quoad clericos, & citat legem Hispaniæ loquentem, idem facit in suo libr. 3. quæst. num. 16. vnde multa his transcribit. de hoc videnda sunt, quæ supra diximus in part. 1. in cap. 2. quia ex eiusdem verbis apparet, fateri ipsum illam consuetudinem, quam contra dicendi cacoëthes, alias pertinaciter negat.

SVMMARIVM.

1 *Id quod quis liberè donauit, non potest imputare in debito, vel compensare.*
2 *Maxima esset auaritia, & præsumptio, velle pecunia clericum æstimare, quod maiori diligentia, quam debuit inseruiuit Ecclesiæ.*
3 *In sequenti monito D. Martinus transcribit ex dicto libro.*
4 *Idem facit in sexto monito qui transcribit plures columnas.*
5 *In vij. monito vero transcribit ex monito nostro, ordine mutato, & verbis aliquibus.*
6 *In 8. etiam capit à nobis multa.*
7 *In 9. transcribit, vt solet.*
8 *In 10. transcribit à nobis.*
9 *In 11. transcribit ex suo libro multas columnas.*
10 *Idem facit in 12. monito.*
11 *Idem in decimotertio & vltimo.*

IN iv. monito Dominus Martinus nihil dicit, quod sit alicuius momenti, ideò leuiter perstringam, & solum dicam, valde eum errare in hoc monito iiij. in numer. 3. dum supposita opinione sua, scilicet, quod ex lege iustitiæ, ea quæ supersunt clericis de redditibus Ecclesiasticis, sint debita pauperibus, putat, quod si ex bonis suis patrimonialibus quis donet pauperibus, puta rem valoris centum, poterit tantundem postea in suo testamento de bonis Ecclesiasticis legare. per *cap. si Episcopus 12. quæst. 5.* quod falsum est, & contra notissima iuris principia. nam si Titio debeo centum, simpliciterque ei domum donem, non liberor à debito centum. vt in *lege vni, in §. primum, C. de rei vxor. actio. & l. Lucius Titius in princip. in versicul. pro ea parte, ff. de legat. 1. & in l. Creditorem, ff. de legat. 2.* & est expressum *in l. 3. C. de religiosi. & sump. funerum.* alioquin esset reuocare donationem iam factam, vel ei onus adiicere: quod nulli licet, vt in *lege perfecta donatio. C. de donat. quæ sub mod.* Perfecta donatio (inquit textus) conditiones postea non capit, quare si pater tuus donatione facta, quasdam post aliquantulum temporis fecisse conditiones videatur efficere, hoc nepotibus eius fratris tui filijs minimè posse non dubium est.] At, Dominus Martinus non post paululum temporis, sed perpetuò posse Episcopum facere, existimat: cum tamen neque incontinenti, id posse, donatione semel perfecta, infra statim docebimus. Non obstat tex. quem Dominus Martinus Nauarrus allegat, in *cap. si quis Episcopus, 12. q. 5.* vbi inquit text. Si quis Episcopus, condito testamento, aliquid de Ecclesiastici iuris proprietate legauerit, aliter non valebit, nisi tantundem de proprij iuris facultate suppleuerit.] Nam licet Dominus Martinus intellexerit illum text. etiam quando non vno eodemque tempore vtrumque facit Episcopus: scilicet dare rem suam pro re ipsius Ecclesiæ, tamen id falsum est: quia si hodie donat Episcopus Ecclesiæ mille simpliciter, cras post perfectam donationem, non poterit capere aliquid ab Ecclesiæ bonis, immò neque statim donatione iam perfecta: vt

in

in dicta l. perfecta donatio, cum his quæ latè diximus, quæ omnino videantur in libello nostro de redditibus Ecclesiasticis in 1. part. in cap. 4. in numer. 9. cum sequentibus. vbi recentiorum quandam opinionem: qui hoc incontinenti concedebant, per text. expressos *in lege non idcirco, C. de contrahend. emption.* & in *l. quamuis, C. de transactionib.* falsum esse ostendimus: quod etiam probatur in *l. ob res quoque donatas, in § si extraneus, ff. de pact. dot.* vbi textus inquit, Si extraneus de suo daturus sit dotem, quicquid vult pacisci, & ignorante muliere, sicut & stipulari potest: legem enim suæ rei dicit, postquam verò dederit pacisci consentiente muliere debet.] Facit textus in *l. qui saxum, ff. de donation.* facit textus in *l. de contractu. C. de rescindend. vendition.* Sic ergo si beneficiatus simpliciter donat domum Ecclesiæ, non poterit postea pretium domus ex bonis vel redditibus Ecclesiasticis liberè possidere, si opinio Archidiaconi esset tenenda, id scilicet quod superest, esse debitum pauperibus: quinimmo non potest dici donatio simpliciter quæ fit Ecclesiæ, vel pauperibus, si fieret de fructibus Ecclesiasticis, quæ supersunt, si essent illi redditus pauperibus debiti, quia in necessitate nemo liberalis existit: vt in *l. rem legatam, ff. de adimend. legat.* & in regula donati videtur, quod nullo iure cogente conceditur. At, secũdum D. Martinum cogit lex iustitiæ quod superest de redditibus Ecclesiasticis dare pauperibus, vel pijs locis: & id debitum est, ideò propriè liberalitas non diceretur, cum lex iustitiæ ad id cogat secundum opinionem Archidiac. & D. Martini, vt dictum est supra.

Ex his etiam apparet, peius esse, quod dicit Dominus Martinus in 1. quæst. in L. monito, quod clericus potest imputare omnia, quæ toto tempore vitæ suæ largitus est in opera pia,
» dicit enim in pag. 230. deductis subuentioni-
» bus, quibus toto tempore quo beneficiatij
» fuerunt, subuenerunt mendicantibus, religio-
» sis, vel alijs cognatis, familiaribus, & amicis egentibus intuitu egestatis. Hæc sunt verba ipsius Domini Martini, ex quibus manifestè apparet, velle quod quiliber beneficiatus si dederit ex fructibus decem in pios vsus, possit sine peccato alia decem in profanos, & vanos expendere: quæ opinio eludit suam opinionem, immò ponit nouam, ex qua sequeretur, non peccare clericum talia agentem, quod nullus vnquam dixit. Hac eadem ratione, & alijs, falsum etiam est, quod D. M. N. in quæst. 1. monito lxxviij. numer. 3. & in dicto monito L. & in lib. de redditibus Ecclesiasticis quæst. 1. numer. 78. asseuerat (de quo ibi, ne bis diceremus, nihil diximus) scilicet, quod stante sua opinione, si beneficiatus laboret in seruitio Ecclesiæ vltra mediocre seruitium, quod eius beneficium requirit: id, quod eius labores merentur, est liberum, ac si non essent bona Ecclesiastica, quòd defendi non potest: quia si hoc facit animo gratificandi Ecclesiæ, & ideò melius seruiret, non potest imputare Ecclesiæ, vel pauperibus. vt in *l. quod in vxorem, C. de negot. gest.* aut animo repetendi ab Ecclesia, & hoc turpe esset, clericum qui concionatur, etiam si non teneatur ad id, ratione sui beneficij ab Ecclesia, cuius obtinet beneficium, quasi mercimonio contracto, ita pietatis officium gerere, quod reprehendit textus in *l. sancimus, C. de infantib. exposit.* Alioquin si ab Ecclesia id exigere posset, eadem ratione Ecclesiæ bona ob id posset sibi retinere, vel ab ea exigere, nedum fructus beneficij, quia debita soluere Ecclesia tenetur, quod nemo dixerit. Denique 2
hæc esset maxima auaritia, & perniciosa præsumptio, existimare clericum melius seruisse Ecclesiæ, quam ex officio suo tenetur, idque velle pretio æstimare nummario, cum dicere & existimare debeamus, quod serui inutiles sumus, &c. vt mirer Dominum Martinum hominem alioqui pium, rationem pecuniariam, ob opera bona Ecclesiæ præstita à Deo, vel eius Ecclesia exigi velle.

In v. monito D. Martinus ad verbum transcribit quatuor columnas eorum, quæ dixerat 3
in lib. de redditib. Ecclesiast. in 3. q. num. 8. in 6. 7. & 8. corollar. vsque ad fi. nihil addito, vel detracto.

In vi. monito D. Martinus transcribit 10. 11. 12. & 13. corollarium d. lib. de redditib. Eccles. 4
in q. 3. à num. 17. vsque ad 20. in quo transcribit quinque columnas eisdem verbis.

In vii. monito D. Martinus transcribit, quæ 5
nos diximus in nostro libello de redditib. Ecclesiast. in 4. parte, in c. 4. cum eisdem allegationib. licet mutet ordinem: & dicit, quod in hac quæstione inter nos conuenit. quod adeò verum est, vt omnia ferè transcribat, quæ ego dixi in illa quæstione contra Bald. quod valet testamentum illius, qui cum esset alias intestabilis, haber facultatem testandi à principe, etiamsi non exprimat, se virtute illius facultatis testati.

In viii. monito Dominus Martinus dicit, inter nos conuenire, quod facultas testandi non expirat concedentis morte, vt nos diximus, reprobando Marian. Soci. & alios tenentes contrarium diximus in quam in dict. 4. par. in cap. 4. quod se dixisse Dominus Martinus ait in dicto suo lib. de redditibus Ecclesiasticis in quæst. 3. & numer. 22. sed non reperio, eum ibi hoc dixisse, vt ex lectura apparet, sed hoc à nobis accepit, quod ipse confirmat aliquibus 6
similibus, & nos radicitus hoc ostendimus: adeò vt ex resolutione breuissimè ibi posita, plurima deduci possint.

In ix. monito Dominus Martinus transcribit sex columnas sui lib. de redditibus Eccle- 7
siasticis 3. quæst. num. 22. versi. 14. vsque ad fin. additis quibusdam legum allegationibus, quæ à nobis in dict. c. 4. in 4. part. assumpsit, circa illam quæstio. an facultas testandi consumatur

facto

factoprimo testamento, & an possit facere secundum, quod nos multis legibus singularibus allegatis ostendimus, non consumi, & in ista vltima editione quæ Burgis excuditur, plures alias optimas leges ad id induximus: quibus nemo tenentium contrariam sententiam, poterit respondere.

8 In x. monito D. Martinus capiendo omnia, quæ ego dixi in dict. 4. cap. quibus probaui: habentem facultatem testandi, posse donare causa mortis, dicit se neruosius id probare, cum nec aliquid in hac re alleget boni, vel dicat, quod à me non accipiat ex dict. cap. 4. numer. 4. in medio cum sequentib.

9 In xi. monito D. Martinus transcribit plures columnas ad literam ex suo lib. de redditibus Ecclesiasticis in quæst. 3. versic. 16. pag. 241. cum pluribus sequentib. solum addit quatuor lineas vltimas ibi, quanquam scio S. D. N.

10 In xii. monito D. M. N. per plures columnas transcribit ad literam, quæ circa ius testandi militum, seu Commendatorum dixerat in suo libro de redditibus Ecclesiastic. in 3. quæst. in versic. 17. corollarium, in num. 28. pag. 247. cum sequentib. & postea transcribit bullam S.D.N. super hoc editam, quæ reuocat eis omnes facultates testandi.

In xiii. & vltimo monito D. Martinus N. transcribit quæ dixerat per plures columnas in dicto lib. in 3. quæst. in 18. corollario, in numer. 19. vsque ad finem, additis duabus vel quatuor lineis in fine. 11

Deinde verò Dominns Martinus monet confessores, & ex ista sua apologia instruit eos, qualiter in istis materijs se cum pœnitentibus debeant habere, quod breuius fecerat in dict. suo lib. de redditibus Ecclesiasticis 1. quæst. corollar. 38. Denique transcribit bullam S.D.N. quæ obligat pensionarios dicere officium beatæ Mariæ Virginis D.N.

FINIS.

INDEX

INDEX AMPLISSIMVS RERVM ET VERBORVM, TOTO HOC OPERE CONTENTORVM.

Primus numerus paginam, A. primam, B. secundam columnam significat.

A

B.

C.

Cap.

Confessio

D.

Dominium

F.

G.

H.

Haredis

I.

Franc.Sarmient.

L.

M.

non

N.

O.

P.

Prælati

Q.

R.

S.

T.

V.

FINIS.